



Complicidad empresarial y responsabilidad legal

VOLUMEN **3** Derecho
de daños

Informe del Panel de Expertos Juristas
de la Comisión Internacional de Juristas
sobre Complicidad Empresarial
en Crímenes Internacionales

Si bien hay situaciones en las que las empresas y sus directivos son responsables directos e inmediatos de violaciones de los derechos humanos, frecuentemente se acusa a las empresas de estar implicadas con otros sujetos en la comisión de esas violaciones. En situaciones como esa, los activistas y las organizaciones de derechos humanos, los encargados de las políticas públicas en la esfera internacional, los expertos de las administraciones públicas y las propias empresas usan hoy la expresión “complicidad de las empresas en violaciones de los derechos humanos” para describir lo que se considera como una participación indeseable de las empresas en esas violaciones. Esta evolución ha dado lugar a un gran número de informes, análisis, debates y preguntas: ¿qué es lo que significa que una empresa sea cómplice?; ¿cuáles son las consecuencias de la complicidad?; ¿cómo pueden evitar las empresas convertirse en cómplices?; ¿cómo se puede hacer responsable a las empresas cuando son cómplices? Aunque el uso del concepto de complicidad es muy común, en muchos aspectos hay todavía una considerable confusión e incertidumbre acerca de los límites y, en concreto, de la responsabilidad legal, de carácter civil o penal, que se pueda derivar de esa complicidad.

En marzo de 2006 la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) les solicitó a ocho expertos juristas que formaran parte del Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Crímenes Internacionales (el Panel). Se le pidió al Panel que estudiase cuándo las empresas y sus directivos se podían considerar legalmente responsables conforme al derecho penal o civil en caso de que participaran con otros sujetos en la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos y que proporcionase criterios para identificar la clase de situaciones que deberían evitar las empresas prudentes.

En este tercer volumen de su informe final, mediante un análisis comparado del derecho de la responsabilidad extracontractual en el derecho continental europeo y en el derecho angloamericano, el Panel estudia el derecho nacional de la responsabilidad civil y las formas mediante las cuales se puede exigir responsabilidad legal a las empresas o sus directivos, en cualquier jurisdicción cuando son cómplices en violaciones manifiestas de los derechos humanos.



International Commission of Jurists
ICJ
33, rue des Bains
1211 Geneva 8
Switzerland

Comisión Internacional de Juristas

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) es una organización no gubernamental dedicada a promover la comprensión y observancia del Estado de derecho y la protección de los derechos humanos en todo el mundo. La CIJ se preocupa por una recta administración de la justicia, respetuosa de las normas internacionales y garante de los derechos humanos, y por la vigencia de los principios del Estado de derecho. Ambos temas son parte fundamental de sus actividades.

La CIJ se creó en 1952. Su sede principal está en Ginebra (Suiza). La CIJ está integrada por 55 eminentes juristas, representantes de los diferentes sistemas jurídicos del mundo, y cuenta además con 90 secciones nacionales y organizaciones jurídicas afiliadas. La CIJ goza de estatus consultivo ante el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Consejo de Europa y la Unión Africana. Asimismo, la CIJ mantiene relaciones de cooperación con los órganos de la Organización de los Estados Americanos y la Unión Interparlamentaria.

P.O. Box 91
33 Rue des Bains
CH-1211 Geneva 8
Switzerland
E-mail: info@icj.org
www.icj.org



COMISIÓN
INTERNACIONAL
DE JURISTAS

Comisionados actuales

Sr. Muhand AL-HASSANI, Siria
Sr. Ghanim ALNAJJAR, Kuwait
Sr. Raja AZIZ ADDRUSE, Malasia
Prof. Abdullahi AN-NA'IM, Sudán
Juez Solomy BALUNGI BOSSA, Uganda
Sr. Abdelaziz BENZAKOUR, Marruecos
Juez Ian BINNIE, Canadá
Prof. Alexander BRÖSTL, Eslovaquia
Juez Arthur CHASKALSON, Sudáfrica
Prof. Santiago CORCUERA, México
Dr. Rajeev DHAVAN, India
Juez John DOWD, Australia
Prof. Vojin DIMITRIJEVIC, Serbia
Jueza Unity DOW, Botsuana
Sra. Vera DUARTE, Cabo Verde
Profa. Louise DOSWALD-BECK, Suiza
Juez Hisham EL BASTAWISSI, Egipto
Profa. Paula ESCARAMEIA, Portugal
Jueza Elisabeth EVATT, Australia
Prof. Jochen FROWEIN, Alemania
Dr. Gustavo GALLÓN GIRALDO, Colombia
Sr. Stellan GÄRDE, Suecia
Sr. Roberto GARRETÓN, Chile
Prof. Robert GOLDMAN, Estados Unidos
Profa. Jenny E. GOLDSCHMIDT, Holanda
Sra. Asma JAHANGIR, Pakistán

Sra. Imrana JALAL, Fiyi
Prof. David KRETZMER, Israel
Prof. Kazimierz Maria LANKOSZ, Polonia
Juez José Antonio MARTÍN PALLÍN, España
Sr. Kathurima M'INOTI, Kenia
Juez Sanji MONAGENG, Botsuana
Sra. Karinna MOSKALENKO, Rusia
Prof. Iulia MOTOC, Rumania
Prof. Vitit MUNTARBHORN, Tailandia
Dr. Pedro NIKKEN, Venezuela
Prof. Manfred NOWAK, Austria
Dr. Jorge Eduardo PAN CRUZ, Uruguay
Prof. Andrei RICHTER, Rusia
Jueza Michèle RIVET, Canadá
Sra. Mary ROBINSON, Irlanda
Sr. Raji SOURANI, Palestina
Sir Nigel RODLEY, Reino Unido
Sr. Claes SANDGREN, Suecia
Sr. Belisario dos SANTOS JUNIOR, Brasil
Juez Philippe TEXIER, Francia
Prof. Daniel THÜRER, Suiza
Prof. U. Oji UMOZURIKE, Nigeria
Prof. Vilenas VADAPALAS, Lituania
Prof. Yozo YOKOTA, Japón
Juez E. Raúl ZAFFARONI, Argentina
Prof. Leila ZERROUGUI, Argelia

Miembros honorarios

Prof. Georges ABI-SAAB, Egipto
Juez P.N. BHAGWATI, India
Dr. Boutros BOUTROS-GHALI, Egipto
Sr. William J. BUTLER, Estados Unidos
Prof. Antonio CASSESE, Italia
Jueza Marie-José CRESPIEN, Senegal
Dato' Param CUMARASWAMY, Malasia
Dr. Dalmo A. DE ABREU DALARI, Brasil
Prof. Alfredo ETCHEBERY, Chile
Sr. Desmond FERNANDO, Sri Lanka
Lord William GOODHART, Reino Unido
Juez Lennart GROL, Suecia
Prof. Hans-Heinrich JESCHECK, Alemania
Sr. Louis JOINET, Francia
Prof. P.J.G. KAPTEYN, Holanda
Juez Michael D. KIRBY, AC, CMG, Australia

Prof. Kofi KUMADO, Ghana
Prof. Jean Flavien LALIVE, Suiza
Jueza Claire L'HEUREUX-DUBÉ, Canadá
Dr. Rudolf MACHACEK, Austria
Prof. Daniel H. MARCHAND, Francia
Sr. J.R.W.S. MAWALA, Tanzania
Sr. François-Xavier MBOUYOM, Camerún
Sr. Fali S. NARIMAN, India
Sir Shridath S. RAMPHAL, Guyana
Sr. Bertrand RAMCHARAN, Guyana
Dr. Joaquín RUIZ -GIMÉNEZ, España
Prof. Christian TOMUSCHAT, Alemania
Sr. Michael A. TRIANTAFYLIDES, Chipre
Prof. Theo VAN BOVEN, Holanda
Prof. Luzius WILDHABER, Suiza
Dr. José ZALAUQUETT, Chile

Complicidad empresarial y responsabilidad legal

VOLUMEN **3** Derecho
de daños

Informe del Panel de Expertos Juristas
de la Comisión Internacional de Juristas
sobre Complicidad Empresarial
en Crímenes Internacionales

© Copyright International Commission of Jurists, 2008

La CIJ autoriza la libre reproducción de extractos de cualquiera de sus publicaciones, siempre y cuando se hagan las debidas menciones de autoría y se envíe a la sede central de la CIJ una copia de la publicación en la que se utiliza el extracto. La dirección para los envíos de las copias es:

International Commission of Jurists

P.O. Box 91

33 rue des Bains

CH-1211 Geneva 8

Switzerland

Correo electrónico: info@icj.org

www.icj.org

® Complicidad empresarial y responsabilidad legal. Volumen 3

ISBN: 978 92-9037-133-1

Ginebra, 2008

Edición española, 2010

Complicidad empresarial y responsabilidad legal

VOLUMEN **3** Derecho
de daños

Informe del Panel de Expertos Juristas
de la Comisión Internacional de Juristas
sobre Complicidad Empresarial
en Crímenes Internacionales



COMISIÓN
INTERNACIONAL
DE JURISTAS

Leah Hocht redactó este volumen. Cees van Dam prestó asesoría legal y efectuó la revisión jurídica del texto. El Panel revisó el volumen durante el proceso de redacción un mínimo de tres veces. Madeleine Colvin y Róisín Pillay editaron el volumen. Massimo Frigo colaboró en la investigación y Marlena Ong y Priyamvada Yarnell lo hicieron en su producción. Además de darles las gracias a los miembros y asesores del Grupo de Dirección, también hay que agradecerles a Paul Hoffman, Jaap Winter y Vito Timmerman su contribución para cuestiones legales específicas. Carlos F. Morales de Setién Ravina lo tradujo. Carlos López revisó la traducción.

La ayuda financiera del Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional de Canadá, Irish Aid y el Departamento de Asuntos Extranjeros, Asuntos Políticos, División, IV, de Suiza, hicieron posible que el Panel estudiara el tema de este estudio y la elaboración de este informe.

TABLA DE CONTENIDOS

Presentación	vii
1 Introducción	3
1.1 Responsabilidad legal por complicidad de una sociedad mercantil en las violaciones manifiestas de los derechos humanos: la importancia de la responsabilidad civil para definir la zona de riesgo legal	4
1.2 Una síntesis de los principios de la responsabilidad civil	8
Recuadro 1: Los derechos humanos y el derecho constitucional nacional	8
2 El derecho de daños y la complicidad	11
2.1 El daño y las violaciones manifiestas de los derechos humanos	12
Recuadro 2: Chevron y Nigeria	13
2.2 Intencionalidad: culpa o dolo	14
Recuadro 3: Establecer el grado de culpabilidad de una organización empresarial	16
2.2.1 Conocimiento o previsibilidad del daño	19
Recuadro 4: Preguntas prácticas sobre el conocimiento y la previsibilidad del riesgo	20
2.2.2 Adopción de medidas preventivas	21
Recuadro 5: Iniciativas voluntarias: directrices para las sociedades mercantiles sobre la previsibilidad del riesgo y las medidas preventivas	22
2.3 Causación y complicidad	24
2.3.1 Causación fáctica	24
2.3.2 Consideraciones legales y de política pública	26
Recuadro 6: Preguntas prácticas sobre la causación	29
2.4 Conclusiones: los principios del derecho de la responsabilidad civil	30

3 La aplicación del derecho de daños a las acusaciones específicas de complicidad	32
3.1 Proporcionar bienes y servicios	32
Recuadro 7: Jeppesen Dataplan y el Programa Estadounidense de Entregas Extraordinarias de Prisioneros	33
3.2 Relaciones derivadas de la cadena de suministro	38
3.3 Asociaciones empresariales cercanas	41
3.3.1 Responsabilidad por culpa en sentido amplio	41
3.3.2 Responsabilidad objetiva	43
3.4 Prestadores de servicios de seguridad	44
Recuadro 8: Seguridad, paramilitares y sindicalistas: Drummond en Colombia	44
3.4.1 La contratación de prestadores de servicios de seguridad mediante un acuerdo formal	45
3.4.2 Prestadores de seguridad fuera de un acuerdo formal	47
Recuadro 9: Más allá de la complicidad: las violaciones de los derechos humanos consecuencia de los daños medioambientales	48
4 Proceso legal y normas de derecho societario	50
4.1 Las normas sobre prescripción: evitar que el transcurso del tiempo impida que se haga justicia	51
4.2 La responsabilidad de las compañías matrices: trabajar con personalidades jurídicas distintas	53
4.3 Dónde se pueden presentar demandas civiles: la determinación de la jurisdicción	57
4.4 ¿Cuál es el derecho nacional que se aplica?	60
5 Los Estados Unidos y el Alien Tort Statute	62

Presentación

En marzo de 2006 la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) les solicitó a ocho expertos juristas que formaran parte del Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Crímenes Internacionales (el Panel). El Panel se creó para estudiar cuándo las empresas y sus directivos se podían considerar legalmente responsables conforme al derecho penal o civil en caso de que participaran con otros sujetos en la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Los miembros del Panel son juristas destacados en sus diferentes áreas de conocimiento, provienen de los cinco continentes y representan las tradiciones del derecho angloamericano y del derecho continental europeo.* Los miembros del Panel son: Andrew Clapham, Claes Cronstedt, Louise Doswald-Beck, John Dugard, Alberto León Gómez-Zuluaga, Howard Mann, Usha Ramanathan y Ralph G. Steinhardt.

Durante la elaboración del estudio, la CIJ solicitó la participación de varios expertos como asesores del Panel, entre los cuales cabe mencionar a Eric David, Errol Mendes, Peter Muchlinski, Anita Ramasastry y Cees van Dam.

Los miembros del Grupo Director del Proyecto fueron: Widney Brown y Peter Frankental (Amnistía Internacional), Arvind Ganesan (Human Rights Watch), Patricia Feeney (Rights and Accountability in Development), John Morrison (Business Leaders Initiative on Human Rights; TwentyFifty Ltd.), Sune Skadegaard Thorsen (Lawhouse DK; CIJ Dinamarca) y Salil Tripathi (International Alert).

El Panel recibió varios trabajos de investigación de destacados académicos, abogados y asesores legales de empresas en varios temas relevantes. Entre esos autores pueden mencionarse a Larissa van den Herik (derecho penal internacional), David Hunter (derecho medioambiental internacional), Olivier de Schutter (derecho de la Unión Europea), Jennifer Zerk (responsabilidad por daños en el derecho angloamericano), Celia Wells (derecho penal empresarial), Jonathan Burchell (derecho penal comparado de la responsabilidad solidaria), Beth Stephens (procesos judiciales en los Estados Unidos por violaciones manifiestas de los derechos humanos), Rachel Nicolson y Emily Howie (personalidad jurídica independiente, responsabilidad limitada y velo corporativo), Sunny Mann (derecho de la competencia) y John Sherman (directrices estadounidenses para la elaboración de sentencias aplicables a organizaciones demandadas).

* El panel habla de “common law and civil law legal traditions” para referirse a las dos grandes tradiciones jurídicas del mundo occidental: la anglosajona y la de origen francogermánico. La expresión que usa el Panel es la más común en el derecho comparado anglosajón. Sin embargo, en la tradición europea las clasificaciones son distintas e incluso muchas veces se prefiere dejar “common law” sin traducir para referirse a esa tradición jurídica anglosajona. Aunque tal vez no la más rigurosa, se ha elegido las traducciones de “derecho angloamericano” y “derecho continental europeo” porque probablemente son las más descriptivas en términos geográficos y permiten entender bien la procedencia geográfica de las tradiciones jurídicas. (N. del T.)

En octubre de 2006, en una consulta organizada en cooperación con Friedrich-Ebert-Stiftung, el Panel dialogó con varios de los principales interesados, entre los cuales había representantes de ABB, Amnistía Internacional, BP, Building and Wood Workers International, la Business Leaders Initiative for Human Rights, el Centre for Corporate Accountability, Chatham House, The Coca-Cola Company, el Foro Alemán para los Derechos Humanos (Forum Menschenrechte), Global Witness, Human Rights Watch, el Consejo Directivo de la OIT, el Comité Internacional de la Cruz Roja, la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres, el Consejo Internacional sobre Política de los Derechos Humanos, National Grid, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Rights and Accountability in Development, y Sherpa.

El Panel también les solicitó sus opiniones a abogados, representantes de las empresas y otras personas mediante solicitudes de información por medios electrónicos. Entre otras, se recibieron opiniones de Corporate Responsibility Coalition (CORE), EarthRights, Global Witness y la Asociación Internacional de Abogados de la Defensa Penal.

Durante la elaboración del estudio, el Panel se reunió tres veces en sesión plenaria. Los tres volúmenes de este informe recogen las conclusiones y las recomendaciones finales. El informe en su conjunto se aprobó por cada uno de los miembros del Panel y refleja sus ideas como colectivo. Sin embargo, algunas afirmaciones específicas pudieran no corresponderse con la posición concreta de un determinado panelista o reflejarla completamente.

Glosario de los principales términos

Empresa

En este informe el Panel se ha concentrado en cualquier entidad que tenga actividades económicas, con independencia de su estructura o composición, de si es grande o pequeña, de si se califica como nacional, transnacional o multinacional, o de si es de propiedad pública o privada. El análisis del Panel y sus conclusiones tienen como propósito poder aplicarse en general a todas las organizaciones empresariales y a lo largo de su informe el Panel usa los términos empresa o sociedad mercantil de manera intercambiable para referirse a ellas. Además, a lo largo del volumen 3, cuando el Panel se refiere a la responsabilidad legal de las sociedades mercantiles o las empresas, se debería entender que se está refiriendo a la responsabilidad legal de una entidad con personalidad jurídica o a los directivos de esa entidad. En todas las jurisdicciones se puede declarar la responsabilidad civil tanto de las sociedades mercantiles como personas jurídicas como de sus empleados como personas naturales.

Complicidad

Como se explicó en el volumen 1, durante varios años la palabra “complicidad” se ha usado cotidianamente en los documentos sobre políticas públicas, artículos de prensa y lemas de campañas para describir de diferentes formas cómo un sujeto se involucra de manera indeseable en algo que otro sujeto está haciendo. Es frecuente usar el concepto no para definir la responsabilidad jurídica para el derecho penal del cómplice en una empresa criminal, sino más bien de una manera coloquial, rica y con múltiples sentidos, para transmitir la idea concreta de que se ha descubierto a alguien haciendo algo que es negativo e inaceptable y que está implicado en ello. Ese uso del concepto se ha convertido en una constante en el contexto del trabajo sobre empresas y derechos humanos, y ha proporcionado una herramienta que permite exponer y explicar en palabras simples el hecho de que las empresas pueden terminar involucradas en violaciones de los derechos humanos en forma tal que genere responsabilidad legal y culpa. En este volumen el Panel utiliza el término “complicidad” en su sentido ordinario no jurídico para describir las diversas formas en las cuales las sociedades mercantiles se pueden ver involucradas con otros sujetos a la hora de perpetrar violaciones de los derechos humanos.

Violaciones manifiestas de los derechos humanos

El análisis del Panel se ha concentrado en las acciones que constituyen violaciones de derechos humanos cometidas por los gobiernos o en los impedimentos a los derechos humanos creados por actores no estatales, como los grupos armados y las sociedades mercantiles. A lo largo de este volumen el Panel usa el concepto de “violaciones de los derechos humanos” para describir todas esas conductas. Se le pidió al Panel que considerara algunas de las violaciones más atroces de los derechos humanos, que a menudo tienen efectos devastadores, no sólo para las víctimas concretas y sus familias, sino también para las comunidades y las sociedades en las que ocurren. A lo largo de este volumen el Panel usa el concepto de “violaciones manifiestas de los derechos humanos” para describir esa clase de abusos. Ese concepto se entiende por lo general que describe una infracción de carácter flagrante que supone un ataque directo y evidente a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Por ejemplo, se reconocen como violaciones manifiestas de los derechos humanos, entre otros, los crímenes de lesa humanidad, las desapariciones forzadas, la esclavitud y la tortura. El concepto de violaciones manifiestas de los derechos humanos está en continuo desarrollo y expansión.

1 Introducción

El objeto principal de este volumen es el análisis del derecho nacional de daños. Aquí el Panel estudia la manera en que el derecho de daños* se aplica cuando las sociedades mercantiles son cómplices de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

El Panel usa el concepto de “derecho de daños” para referirse tanto al derecho de la responsabilidad extracontractual continental europeo como al angloamericano.¹ Estas dos ramas del derecho intentan regular y determinar cuándo surge responsabilidad civil por daños, siempre y cuando no hay una relación contractual entre las víctimas y el causante del daño. El Panel ha estudiado los sistemas de derecho de las dos tradiciones jurídicas, la continental y la anglosajona, y se ha propuesto describir sus fundamentos comunes. De esa forma ha podido explicar cuándo y cómo surge responsabilidad civil en distintas jurisdicciones en aquellas situaciones donde una sociedad mercantil es cómplice de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

En la sección 2 el Panel presenta resumidamente los principios básicos de la responsabilidad civil comunes a las distintas jurisdicciones. Se pregunta cuál es el grado de culpabilidad que requiere el derecho de daños antes de considerar responsable a una persona. Considera cuál tiene que ser la cercanía de la sociedad mercantil a las violaciones manifiestas de los derechos humanos antes de que se la pueda y deba considerar responsable conforme a las diferentes acciones procesales disponibles. En la sección 3 se aplican estos principios de manera detallada a situaciones concretas en las cuáles las empresas a menudo tienen que enfrentar acusaciones de complicidad por su participación en violaciones de derechos humanos. En la sección 4 el Panel examina algunas de las normas y requisitos procesales que pueden hacer difícil para las víctimas de violaciones de derechos humanos usar el derecho de daños para obtener justicia. Analiza cómo se puede y debería interpretar esas normas y requisitos para garantizar que no impiden el acceso a la justicia. En la sección 5 el Panel se concentra brevemente en el caso único de los Estados Unidos, en donde un instrumento legal llamado “Alien Tort Statute” (literalmente, ley sobre ilícitos civiles en el extranjero) ha conseguido que en un tiempo relativamente corto se puedan presentar varias demandas civiles contra sociedades mercantiles por su participación presunta en violaciones manifiestas de los derechos humanos.

* La expresión “derecho de daños” es una definición acuñada en España para referirse a lo que el derecho anglosajón llama “law of civil remedies”, cuya traducción literal no tendría sentido para un jurista de tradición continental europea. Aunque algunos le achacan falta de precisión a la expresión “derecho de daños”, lo cierto es que intenta poner énfasis en la idea de que frente a cualquier ilícito extracontractual debe existir una solución jurídica o remedio en el derecho. (N. del T.)

1 El lenguaje usado en las jurisdicciones para describir esta área del derecho puede variar de una jurisdicción a otra, entre el derecho de daños, el de la responsabilidad extracontractual, el de la responsabilidad civil derivada de los delitos o el de los cuasi delitos (en francés, *responsabilité civile délictuelle*; en alemán, *Unerlaubte Handlung*).

Todos los sistemas legales del mundo contemplan alguna forma de derecho de la responsabilidad extracontractual y el campo del estudio del Panel ha sido enorme.² No sólo hay diferencias generales entre el contenido del derecho de la responsabilidad extracontractual en la tradición angloamericana y la continental europea, sino que el derecho de daños varía entre cada uno de los países. El Panel ha pretendido tener en cuentas esas diferencias, pero al mismo tiempo se ha concentrado en buscar e identificar cuáles son los parecidos. De esta forma, el Panel se esfuerza por describir el tipo de conducta y las situaciones que las sociedades mercantiles deberían evitar en cualquier parte del mundo si desean permanecer dentro de los límites del derecho de daños y evitar la zona de riesgo legal.

1.1 Responsabilidad legal por complicidad de una sociedad mercantil en las violaciones manifiestas de los derechos humanos: la importancia de la responsabilidad civil para definir la zona de riesgo legal

El Panel cree que la responsabilidad civil es cada vez más importante como medio para garantizar que se hace responsable legalmente a las sociedades mercantiles cómplices de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

En primer lugar, un fallo que reconozca la responsabilidad civil de un sujeto puede tener un impacto significativo en la situación y en las vidas de aquellos que han sufrido las violaciones manifiestas de los derechos humanos, al proporcionar remedios legales apropiados.³ La responsabilidad civil también puede influenciar notablemente los modelos de comportamiento en una sociedad, y elevar las expectativas acerca de cuáles son las conductas aceptables y prevenir que se repita una conducta concreta, tanto por el sujeto que ha sido considerado responsable como

2 El Panel no analiza en profundidad muchas y muy importantes áreas del derecho que pueden dar lugar a un remedio civil, entre las cuales estarían partes importantes del derecho laboral, derecho medioambiental y derecho de sociedades. Sin embargo, cree que merecería la pena explorar en el futuro las formas en que se usan estos conjuntos de leyes, o se podrían usar, para hacer responsables legalmente a las empresas cuando son cómplices de violaciones de derechos humanos.

3 En todas las jurisdicciones el derecho de daños incluye mecanismos para la satisfacción de los perjuicios que pueden parearse a menudo a los tipos de reparación requeridos por el derecho internacional cuando hay violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, según el derecho internacional las reparaciones adecuadas para las víctimas pueden incluir, entre otras: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición de los actos. Véase, por ejemplo, artículo 34, Artículos Provisionales sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos; artículo 63, Convención Americana de Derechos Humanos (de aquí en adelante, CADH); artículo 41, Convenio Europeo de Derechos Humanos (de aquí en adelante, CEDH); artículo 75, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (de aquí en adelante, CPI); Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/60/147, 16 de diciembre de 2003; de aquí en adelante, Principios sobre Reparaciones de la ONU). Véase, para más fuentes y un análisis general, *The Right to Remedy and Reparation for Gross Human Rights Violations: A Practitioners Guide* (Comisión Internacional de Juristas 2006).

por otros sujetos que actúan en circunstancias parecidas o se encuentran en situaciones similares.

En segundo lugar, en todas las jurisdicciones las víctimas de las violaciones manifiestas de los derechos humanos o sus familias pueden interponer demandas civiles.⁴ Esto quiere decir que incluso cuando las autoridades estatales son reticentes a la hora de participar en procesos penales, se puede de todas formas reclamar la responsabilidad legal civil en casos de presunta complicidad. La reticencia de las autoridades puede obedecer a que tengan interés en proteger a una empresa concreta o a sus representantes frente a reclamaciones de responsabilidad legal, o porque las autoridades se verían afectadas negativamente si la sociedad mercantil fuera acusada de ser cómplice en violaciones cometidas por el Estado.

En tercer lugar, aunque el derecho de daños tal vez no use el lenguaje del derecho de los derechos humanos (y, por ejemplo, puede no clasificar el daño como “tortura”, “detención arbitraria” o “prostitución forzosa”), como se subrayó en la sección 2.1, todas las jurisdicciones protegen “intereses” como la vida, la libertad, la dignidad, la integridad física y mental, y la propiedad.⁵ El Panel considera que el daño que se le cause a uno o varios de esos intereses constituirá siempre parte inherente de una violación manifiesta de los derechos humanos y, en consecuencia, en esos casos será posible interponer una demanda civil.

En cuarto lugar, a los efectos de la responsabilidad civil es irrelevante si la sociedad mercantil cuya responsabilidad legal se reclama era o no un autor principal o accesorio. La mayoría de las veces el derecho de daños no usa la palabra complicidad ni establece una distinción entre cómplices y autores directos y mediatos. En general, todos los sujetos cuya conducta contribuya en mayor o menor medida al daño sufrido por otro pueden tener que asumir su responsabilidad civil, hayan o no instigado la situación, causado de forma activa el daño o ayudado al sujeto principal.⁶

4 Mientras que en el contexto de las investigaciones penales y los procesos judiciales se puede requerir la participación de los fiscales públicos y de otras autoridades estatales en diversas etapas de los procedimientos.

5 Para un análisis de la cuestión, véase sección 2.1, p. 12.

6 Mientras que los diferentes sistemas legales pueden describir las conductas de forma diferente, o usar diferentes clasificaciones de responsabilidad, en esencia el Panel ha establecido que en todas las jurisdicciones hay una cierta clase de conducta que coloca a un sujeto en la zona de riesgo legal. Esta conducta se describe en la sección 2, p. 11. En esas circunstancias, cuando se determina la existencia de responsabilidad civil, y cuando hay más de un sujeto responsable del daño causado, aquellos responsables se suelen considerar generalmente como responsables o coautores solidarios. Sin embargo, la ausencia de la categorización no siempre está presente en todas las jurisdicciones. Por ejemplo, en los Estados Unidos se puede considerar responsable a una persona jurídica no solo conforme al derecho de la responsabilidad extracontractual anglosajón, sin necesidad de especificar el papel que tuvo en causar el daño, sino que también en algunos casos se la puede considerar responsable por ser “colaboradora no necesaria” en la comisión de un ilícito. Véase *US Restatement of the Law, 2nd, Torts*; y para un análisis de la cuestión, véase Zerk, “Common Law Tort Liability for Corporate Participation in International Crimes”, informe escrito para el Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Delitos Internacionales, www.icj.org.

En quinto lugar, cuando se reclama la responsabilidad legal de una organización empresarial, muchas veces el derecho de daños puede ser para las víctimas la única vía legal que les permita obtener una reparación. Se debe a que el derecho de daños tendrá siempre la capacidad de ocuparse de la conducta de sociedades mercantiles, individuos y autoridades estatales. En contraste, los tribunales y los órganos nacionales e internacionales que supervisan el cumplimiento de los derechos humanos pueden a menudo carecer de jurisdicción para admitir reclamaciones contra empresas e individuos,⁷ mientras que será frecuente que el derecho penal permita únicamente procesar a personas naturales —no jurídicas— ante los tribunales.⁸

A lo largo de su investigación, el Panel se ha visto sorprendido por la forma en que se aplica el derecho de daños a nuevas situaciones. Como observó el Panel en el volumen 1, las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cada vez recurren más al derecho para limitar el poder de las empresas, es decir, para hacer que los responsables de un daño respondan por sus actos y poder solicitar remedios y reparaciones legales. A medida que las víctimas de la injusticia depositan mayores expectativas en los remedios legales, se le pide al derecho de daños que responda ante estas nuevas situaciones.

En las últimas tres décadas ha habido un crecimiento enorme de los procesos judiciales en los Estados Unidos en relación con una ley de 1789 que se conoce en general como Alien Tort Statute (ATS).⁹ Esta ley, que se estudia en mayor detalle en la sección 5, le permite a los extranjeros presentar demandas judiciales en los tribunales de los Estados Unidos contra particulares cuando éstos han participado presuntamente en alguna violación atroz de los derechos humanos en cualquier lugar del mundo. La legislación es exclusiva de los Estados Unidos, aunque la importancia de los procesos del ATS ha tenido repercusión en todo el mundo. Ha motivado a otros abogados de otras jurisdicciones a explorar la viabilidad en sus propios países de reclamar la responsabilidad de sujetos involucrados en violaciones manifiestas de los derechos humanos. El Panel ha determinado que en la actualidad existen un pequeño número de demandas —que sin embargo está creciendo— contra empresas por su participación en violaciones manifiestas de los derechos humanos y que esas demandas se están presentando en diferentes jurisdicciones recurriendo al derecho de daños. El Panel opina que estos cambios están creando una red de herramientas disponibles para exigir responsabilidad y justicia,

7 Para un breve examen de cuándo es posible en la esfera nacional presentar una reclamación contra una empresa sobre violaciones de derechos constitucionales o derechos humanos, véase Recuadro 1, p. 8. Los organismos internacionales de derechos humanos tienen sólo jurisdicción sobre los Estados, véase, por ejemplo: artículo 41, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de aquí en adelante, PIDCP), y el artículo 1 del Primer Protocolo Opcional al PIDCP; artículo 14, Convenio para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (de aquí en adelante, CEDR); artículos 33 y 34, CEDH.

8 Véase volumen 2, sección 9.

9 28 U. S. C. §1350 “Alien’s Action for Tort”, incluida en la Judiciary Act de 1789. Esa ley también se denomina a menudo “Alien Tort Claims Act” (ATCA).

y que se crean gradualmente oportunidades para que las víctimas puedan obtener compensaciones civiles cuando las sociedades mercantiles están involucradas en violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Naturalmente, al mismo tiempo, y a pesar de las muchas características importantes y positivas de la responsabilidad civil, que se estudiarán en la sección 4, las víctimas tienen todavía que superar considerables obstáculos cuando denuncian la responsabilidad de una empresa participante en violaciones manifiestas de los derechos humanos.

El Panel cree que es de gran importancia en el contexto de la adopción de normas jurídicas y políticas públicas que se tomen medidas para solucionar apropiadamente los obstáculos potenciales a las demandas en las que se reclama la responsabilidad civil del causante de un daño y para garantizar el desarrollo continuo de esa rama del derecho. Según el derecho internacional de los derechos humanos, los individuos tienen derecho a obtener remedios y reparaciones legales cuando se violan los derechos humanos. Los Estados tienen la obligación de garantizar el goce de los derechos humanos, incluida la protección de esos derechos frente a las violaciones de éstos y disponer de un remedio judicial cuando se produzcan.¹⁰ Los Estados se refieren a menudo al derecho de la responsabilidad extracontractual angloamericano y continental europeo como un instrumento mediante el cual cumplen con esas obligaciones.¹¹ En este contexto, el Panel cree que los Estados deben tomar las medidas necesarias para garantizar que el derecho de daños cuenta con medios efectivos para atender las demandas en las que se exige una reparación judicial a causa de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

10 Artículo 2, PIDCP; artículos 2 y 6, CEDR; artículo 2, Convención sobre los Derechos del Niño (de aquí en adelante, CDN); artículo 2, Convenio para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (de aquí en adelante, CEDAW, por sus siglas en inglés); artículo 7, Convenio de las Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (de aquí en adelante, CPMW); artículos 1 y 25, CADH; artículo 1, CEDH. Véase también artículo 8, Declaración Universal de Derechos Humanos (de aquí en adelante, DUDH), artículo 7 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (de aquí en adelante, CADHP), y los Principios sobre Reparaciones de la ONU. Para ejemplos sobre cómo los órganos de vigilancia internacionales han examinado la obligación de garantizar el goce de los derechos humanos, incluidas las obligaciones de proteger los derechos y asegurar el acceso a los remedios, véase, por ejemplo: Comité de Derechos Humanos (de aquí en adelante, CDH), Comentario General nº 31 sobre el artículo 2 del PIDCP; Corte Interamericana de Derechos Humanos (de aquí en adelante, CIDH), *Velasquez Rodríguez v. Honduras*, 29 de julio de 1988. Para un estudio en detalle de estos asuntos y en específico del derecho a un remedio judicial, y en especial a la reparación, véase “The Right to Remedy and Reparation for Gross Human Rights Violations: A Practitioners’ Guide” (Comisión Internacional de Juristas 2006).

11 Véase, por ejemplo, informe de Perú al Comité contra la Tortura (CAT/C/20/Add.6, 12/08/98, párr. 86), informe de Dinamarca a la CDH (HRI/CORE/1/Add.58, párr. 60); el informe de Francia al mismo órgano, (CCPR/C/76/Add.7, párr. 35) y el informe de Irlanda al Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW/C/IRL/4-5 (2003)).

1.2 Una síntesis de los principios de la responsabilidad civil

De su investigación sobre el derecho de daños, el Panel ha podido inferir varias preguntas que los tribunales de cualquier lugar del mundo intentarán responder cuando se esfuercen por determinar cuáles son los límites legales que separan las conductas susceptibles de dar lugar a responsabilidad civil de las que no. En las secciones 2 y 3, el Panel presenta resumidamente los fundamentos legales de estas preguntas y estudia en detalle la manera en la cual se pueden responder y analiza cuando las circunstancias indican que las sociedades mercantiles son presuntamente cómplices de violaciones manifiestas de los derechos humanos. Estas preguntas son las siguientes:

¿Cuál es el daño que se le ha causado al interés de una víctima protegido por el derecho?

¿Contribuyó la conducta de la empresa a infligir el daño?

¿Sabía la empresa que su conducta podía causarle un daño a la víctima o lo hubiera sabido una empresa prudente en esas mismas circunstancias?

Si se considera el riesgo existente, ¿adoptó la empresa todas las medidas de precaución que hubiera adoptado una empresa prudente para evitar que ese riesgo se transformara en un daño real?

Recuadro 1: Los derechos humanos y el derecho constitucional nacional

Cuando se trata de asegurar que las sociedades mercantiles y sus directivos son declaradas responsables legales si cometen violaciones de los derechos humanos, el derecho penal (volumen 2) y el derecho de daños (volumen 3) contienen usualmente los medios que permiten a los Estados cumplir con sus obligaciones internacionales de proteger los derechos humanos y de proporcionar acceso a un remedio legal.

Tal vez por ello la opinión generalizada es que en caso de violaciones de los derechos humanos cometidas por particulares, la legislación nacional sobre derechos humanos o la protección otorgada por los derechos constitucionales es infructuosa a la hora de proporcionar medios directos para exigir responsabilidad legal.

Sin embargo, el Panel ha establecido que en varios países las normas nacionales de derechos humanos o constitucionales sí proporcionan en la práctica una acción procesal directa contra particulares, incluidos las sociedades

mercantiles o sus empleados, cuando se alega la violación de un derecho protegido. En algunos sistemas legales esas formas de acción estarán disponibles en general,¹² y en otras jurisdicciones sólo lo estarán en un conjunto de circunstancias más limitado, como cuando una sociedad mercantil lleva a cabo una conducta por cuenta de un Estado o con su apoyo o control, o en cumplimiento de una función pública.¹³

Como es obvio, puesto que los hechos y las consideraciones de política pública son diferentes en cada situación particular, también variará la decisión que tomará un tribunal a la hora de exigirle o no responsabilidad civil a un sujeto. Sin embargo, el Panel cree que una sociedad mercantil prudente que quiera evitar ser cómplice en la causación de daños a otros tendrá en cuenta estas preguntas, y modificará o cambiará sus acciones previstas en función de ellas.

El Panel considera que un derecho de acción directa de carácter constitucional o basado en los derechos humanos contra una sociedad mercantil puede tener un importante papel simbólico en el contexto de la responsabilidad legal por las violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, en la práctica será raro que se presenten esa clase de reclamaciones contra sociedades mercantiles o sus empleados cuando están presuntamente involucrados en violaciones manifiestas de los derechos humanos. En primer lugar, porque la vía constitucional sólo estará disponible si no hay otra acción legal pertinente disponible en otro conjunto de normas jurídicas,

-
- 12 Entre ellos Argentina: artículo 43, Constitución argentina; Portugal: artículo 18, Constitución de Portugal. Véase también Brasil: *União Brasileira de Compositores c. Arthur Rodrigues Villarinho*, R.E. 201.819-8, Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, 11 de octubre de 2005; Irlanda: *Meskeil v. Coras Iompair Eireann*, Irish Supreme Court, 1973 1 I.R. 121; Nigeria: *Gbemre v. Shell Petroleum Development Co. Nigeria Ltd and Others*, disponible en <http://www.climatelaw.org/cases/case-documents/nigeria/ni-shell-novos-judgment.pdf>. Esta no es una lista exhaustiva. En algunas jurisdicciones, los tratados internacionales de derechos humanos que se han incorporado al derecho nacional pueden tener un efecto parecido, y puede ser posible interponer una acción procesal contra particulares, fundamentada en los derechos humanos, con respecto a todos o ciertos derechos consagrados en aquellos tratados.
- 13 Véase, por ejemplo, India: *M.C. Mehta v. Union of India*, WP 12739/1985 (1986.12.20) y *Ramana Dayaram Shetty v. Intl. Airports Auth. of India* (1979) 3 S.C.C. 489; Nueva Zelanda: sección 3, New Zealand Bill of Rights Act 1990. Cada sistema legal diferirá en cómo definir la función estatal o lo que considera que implica "actuar en nombre del Estado". Véase, por ejemplo, India: *M.C. Mehta v. Union of India*, WP 12739/1985 (1986.12.20) y *Ramana Dayaram Shetty v. Intl. Airports Auth. of India* (1979) 3 S.C.C. 489, y compárese con United States: *Food Employees v. Logan Plaza*, 391 US 308 (1986), *Holly v. Scott*, 434 F.3d 287, US Court of Appeal, 4th Cir., 12 de enero de 2006, párr. 293, *Jackson v. Metropolitan Edison Co.* (419 US 345), y *Blum v. Yaretsky* (457 US 991). Véase también sección 6 (3) (b) UK Human Rights Act 1998, disponible en: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980042_en_1 (también véase en relación con la interpretación de la cláusula relevante la Declaración del Secretario para el Departamento de Estado, Jack Straw, HC Deb, 17 de junio de 1998, col. 433; YL (por su asociado en la demanda, el Fiscal General) (FC) (Appellant) v. Birmingham City Council and others (Respondents), [2007] UKHL 27; y el Report of the Joint Committee on Human Rights (House of Lords), "The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act", 19 de marzo de 2007).

entre las cuales estaría el derecho de daños.¹⁴ En segundo lugar, porque en la mayoría de las jurisdicciones las acciones de constitucionalidad sólo declaran que una determinada conducta es constitucional o inconstitucional, pero no contemplan otros remedios legales diferentes a ese. Por esas razones, y como se estudia en la sección 2, en la clase de casos que constituye el núcleo de la investigación del Panel el derecho de la responsabilidad extracontractual en las tradiciones angloamericana y continental europea proporcionará normalmente los principales recursos a la hora de presentar reclamaciones civiles.

Sin embargo, al mismo tiempo es importante recordar que en cualquier caso el derecho constitucional de los Estados o las normas de derechos humanos tienen un poderoso efecto en la aplicación del derecho de daños a los hechos y en especial cuando ha habido violaciones de los derechos humanos. Esto se debe a que en la mayoría de los sistemas legales constitucionales, o sistemas con legislación nacional sobre derechos humanos, y en obviamente en las tradiciones angloamericana y continental europea, el derecho de la responsabilidad extracontractual se debe aplicar e interpretar de conformidad con las normas constitucionales o de derechos humanos.¹⁵

¹⁴ Véase, por ejemplo, Argentina: artículo 43, Constitución argentina, e Irlanda: *Meskeil v. Coras Iompair Eireann*, 1973 1 I.R. 121.

¹⁵ Véase, por ejemplo: Alemania: caso *Lüth*, Tribunal Constitucional Alemán, BVerGE 7, 198, 15 de enero de 1958; Sudáfrica: *Ronald Stuart Napier v. Barend Petrus Barkhuizen*, Supreme Court of Appeal, 30 de noviembre de 2005; Suiza: Swiss Federal Tribunal, BGE 111 II 245, 18 de junio de 1985.

2 El derecho de daños y la complicidad

A pesar de las diferencias en lenguaje y perspectiva, en todas las jurisdicciones se puede considerar responsable a un sujeto conforme al derecho de daños si causa daños a otra persona mediante una conducta culposa o dolosa.¹⁶ En varias jurisdicciones eso se conoce como responsabilidad por culpa¹⁷ en sentido amplio.* La mayoría de las jurisdicciones incluyen también normas sobre responsabilidad objetiva (sin culpa) con respecto a tipos específicos de actividades o daños. Según esas normas, se puede considerar responsable a una persona aunque su conducta no haya sido negligente o intencional. Un ejemplo sería la responsabilidad vicaria del empleador por los daños que sus empleados les causen a terceros.¹⁸ Sin embargo, las situaciones en las que se aplica la responsabilidad objetiva son normalmente excepciones a la regla general que requiere la presencia de dolo o culpa. Por consiguiente, en su análisis el Panel se concentra en la responsabilidad por culpa en sentido amplio: situaciones en las que son requisitos para que pueda surgir responsabilidad legal la existencia de daños, una conducta intencional o negligente y una conexión causal entre conducta y daño.

En las siguientes páginas, que se ocupan de las diferencias entre jurisdicciones y sistemas legales, el Panel pretende explicar de manera sucesiva el contenido de cada uno de esos requisitos y analiza su aplicación potencial a diversas situaciones.

16 Para un estudio transversal de las leyes relevantes en las jurisdicciones de derecho continental europeo, véase: artículo 1382 y 1383 Código Civil francés; artículo 823, Código Civil alemán; artículo 1, sección 1, capítulo 2, Ley de Responsabilidad Extracontractual finlandesa; artículo 2043, Código Civil italiano; artículo 1.089, Código Civil español; artículo 106, sección 1, capítulo VI, Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular de China; artículo 20, capítulo 2, Código Civil filipino; artículo 1058 (1) y (2), sección 1, división 9, capítulo 60, Código Civil armenio; artículo 2314 (leer en conjunto con el artículo 2284), Código Civil chileno; artículo 2341, Código Civil colombiano; artículo 927, Código Civil brasileño; *Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 1554, Canadian Supreme Court. En las jurisdicciones de derecho angloamericano no existen a menudo normas legislativas o códigos que contemplen cuándo puede surgir la responsabilidad extracontractual por daños. En esas jurisdicciones las normas aplicables deben buscarse más bien en la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, en Inglaterra y Gales sobre negligencia: *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562; *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605. Para un análisis comparativo de los sistemas legales europeos, véase artículo 1 (101), European Group on Tort Law, “Principles on European Tort Law”, www.egtl.org. Para un rango más amplio de ejemplos, véase International Encyclopaedia of Comparative Law, “Tort”, p. 5, y ss.; véase también Cees Van Dam, *European Tort Law*, Oxford University Press.

17 No todas las jurisdicciones usan el término responsabilidad por culpa. Sin embargo, los componentes de la responsabilidad por culpa como se describen por el Panel (intención o negligencia, causación y daño) pueden fundamentar la responsabilidad en todas las jurisdicciones.

* El sentido de culpa que se utiliza aquí es el sentido amplio y no el estricto, es decir, por culpa se debe entender tanto los actos intencionales como los negligentes. En sentido estricto, culpa es equivalente a negligencia. (*N. del T.*)

18 Véase, por ejemplo: artículo 1384, Código Civil francés; artículo 831, Código Civil alemán; capítulo 3, sección 1, Ley de Responsabilidad Extracontractual finlandesa; artículo 2049 Código Civil italiano; artículos 932 y 933, Código Civil brasileño. Y véase también, el examen del Panel en la sección 3.3, p. 41, sobre la responsabilidad en el contexto de las asociaciones de colaboración empresarial, y sobre la responsabilidad objetiva en relación con las “actividades peligrosas”, el Recuadro 9, “Más allá de la complicidad: las violaciones de derechos humanos consecuencia del daño medioambiental”.

2.1 El daño y las violaciones manifiestas de los derechos humanos

Uno de los principales propósitos del derecho de daños es proteger los intereses personales y proporcionar remedios legales a aquellos que han sufrido daños. Para poder tener acceso a ese remedio contemplado en el derecho de daños o el derecho de la responsabilidad extracontractual, se le debe haber causado un daño a un interés protegido por la ley.¹⁹ De esta forma, en las tradiciones angloamericana y continental europea el derecho de la responsabilidad extracontractual puede proporcionar en última instancia remedios legales para cualquier daño sufrido por cualquier clase de interés que la sociedad considere digno de protección.

En muchas jurisdicciones de derecho continental europeo, el derecho de la responsabilidad extracontractual no limita explícitamente las situaciones en las cuales está disponible un remedio legal, y los tribunales deciden en cada caso si se causó el daño presunto a un interés protegido por el derecho y, por lo tanto, se debe conceder una reparación judicial ante esa situación.²⁰ En otras jurisdicciones de derecho europeo continental, las normas constitutivas del derecho de la responsabilidad extracontractual enumeran explícitamente los intereses protegidos.²¹ El derecho angloamericano de la responsabilidad extracontractual se parece más a la primera de las clases descritas y, en general, no proporciona listas categóricas de las clases de daños para las cuales existen remedios (sobre todo con respecto a los daños producto de la negligencia).²²

Sin embargo, como se explicó en la sección 1.1, sin importar cuál sea el enfoque de un sistema legal específico, en todas las jurisdicciones se puede recurrir al derecho de daños para reclamar la reparación de un perjuicio si se han causado daños a la vida, la libertad, la dignidad, la integridad física y mental, y la propiedad. Aunque el derecho de daños no usa normalmente el lenguaje de los derechos humanos, el Panel considera que la aparición de responsabilidad civil por daños causados a uno o varios de estos intereses será siempre una parte inherente de las violaciones

19 Véase, por ejemplo, artículo 2: 101, *Principles on European Tort Law*, www.egtl.org, que adopta un enfoque comparativo europeo.

20 Véase, por ejemplo: artículo 1382, Código Civil francés; artículo 2043, Código Civil italiano; artículo 1.089, Código Civil español; artículo 2314 (leer en conjunción con el artículo 2284), Código Civil chileno.

21 Véase, por ejemplo: artículo 823, Código Civil alemán; artículo 32, capítulo 2, Código Civil filipino; artículo 1064, capítulo 59, sección IV, parte 2, Código Civil de la Federación Rusa.

22 En algunas jurisdicciones de derecho angloamericano hay también ilícitos civiles extracontractuales distintos a los ocasionados por negligencia, como los ocasionados de forma intencional, como serían los daños por agresión o prisión sin justa causa, que se formulan en torno al deseo de proteger un interés particular. Por ejemplo, la integridad física en el caso de agresiones: *Wainwright & Anor v. Home Office* [2003] UKHL 53 (16 de octubre de 2003), *Collins v. WCDlock* [1984] 1 WLR 1172, Re F [1990] 2 AC 1 y la libertad personal en caso de detenciones ilegales: *Lord Goff of Chieveley, R v. Bournemouth Community and Mental Health NHS Trust*, ex parte L., [1998] UKHL 24; [1999] AC 458; [1998] 3 All ER 289; véase también, *Bird v. Jones* (1845) 7 QB 742; *Austin and Saxby v. The Commissioner of Police of the Metropolis* [2007] EWCA Civ. 989; y *Meering v. Grahame-White Aviation Co. Ltd.* (1920) 122 LT 44, pp. 51, 53.

manifiestas de los derechos humanos, y como consecuencia de ello será posible presentar demandas civiles en casos de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Recuadro 2: Chevron y Nigeria

En 1998, la policía y el ejército nigerianos mataron y torturaron presuntamente a manifestantes y medioambientalistas en el delta del Níger cuando desarrollaban una campaña en contra de las perforaciones petrolíferas de la subsidiaria de Chevron en esa área. En el 2004 se presentó en los Estados Unidos una demanda por daños extracontractuales contra la Chevron Corporation y sus subsidiarias intervinientes.²³ Los demandantes alegaban que esas empresas estaban involucradas en la planeación y la ejecución de los ataques porque contrataron a las autoridades nigerianas para que les prestasen servicios de seguridad en sus actividades empresariales, las acompañaron durante los ataques, les proporcionaron servicios de inteligencia y otra información, y participaron en la planeación y la coordinación de las operaciones de seguridad. Se acusaba también a las empresas de proporcionar a los militares y la policía los medios para llevar a cabo los ataques, como por ejemplo armas, helicópteros y botes.

Las empresas han negado en su totalidad las acusaciones.²⁴ La demanda ha sido objeto de varias decisiones preliminares de los tribunales, en cuyo contexto un Tribunal de Distrito estadounidense ha declarado que los demandantes han planteado algunas cuestiones de hecho aptas para decidirse en un proceso judicial y que permiten por lo tanto iniciarlo.²⁵ Por ejemplo, en una de las sentencias, un tribunal declaró que “los demandantes han presentado pruebas de que el personal de Chevron Nigeria Limited (CNL) estuvo involucrado directamente en los ataques; que CNL transportó a las fuerzas de seguridad del Estado (FSE); que CNL le pagó a las FSE; que CNL sabía de la tendencias de las FSE a usar una fuerza excesiva. Estos hechos, entre otros, son suficientes para plantear la pregunta, apta para decidirse en un tribunal, acerca de si CNL sabía que las FSE planeaban ataques, y si CNL estuvo de acuerdo en que las FSE los cometieran”.²⁶

23 *Bowoto et al. v. Chevron Co. et al.*, para una mayor información y vínculos a los documentos y sentencias relevantes, véase <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/ChevronlawsuitreNigeria>.

24 *Bowoto et al. v. Chevron Co. et al.*, Defendants' Answer to Tenth Amended Complaint for Damages.

25 Véase, por ejemplo, *Bowoto et al. v. Chevron Co. et al.*, 14 de agosto de 2007, caso 3: 99-cv-02506-SI, documento 1640, Order Re: Defendants Motion for Summary Judgement on Plaintiffs' Claims, párrs. 10-17.

26 *Ibid.*

2.2 Intencionalidad: culpa o dolo

Cuando se causan daños a intereses protegidos legalmente, el derecho de daños pretende asignar la responsabilidad por el daño causado a aquellos sujetos que considera que es justo que soporten la carga de repararlo en esas circunstancias. Esto significa que el derecho de daños considerará responsables únicamente a aquellos sujetos cuya conducta no cumpla con el estándar de comportamiento legítimamente esperable por la sociedad en esas circunstancias. Como se señaló antes, en todas las jurisdicciones los tribunales considerarán que la conducta intencional o negligente causante de daños a intereses protegidos legalmente infringe las expectativas legítimas de la sociedad y, en consecuencia, podrá generar responsabilidad civil.²⁷

Más allá de la esfera de lo jurídico, los conceptos de intención y negligencia tienen un significado simple en casi cualquier lugar del mundo: la intención remite a la idea de que se tiene la determinación de actuar de una forma específica²⁸ y la negligencia se refiere al descuido o a la falta de reflexión o preocupación sobre las consecuencias de las acciones propias.²⁹ Aunque los significados legales de dolo y culpa incluyen también esos significados ordinarios, son más concretos y para determinar la actuación dolosa o negligente de un sujeto a los efectos del derecho de daños demandan varios requisitos, que el Panel estudia en los siguientes epígrafes.

Los casos en los que las empresas desean en la realidad participar en violaciones manifiestas de los derechos humanos y quieren causar daños constituyen la excepción frente a la regla contraria. Sin embargo, en casos de daños a la vida, la libertad, la integridad física o mental de la persona, o la propiedad, es en gran medida irrelevante si el sujeto quiso de hecho causarle daño a alguien para que surja responsabilidad civil. En esos casos la indagación del tribunal sobre si la conducta fue intencional o negligente no se concentrará en si había una intención de causar daños, sino más bien considerará si una empresa conocía la probabilidad de que su conducta los causara (en el caso del dolo o intención) o debería haberlo sabido (en el caso de la culpa en sentido estricto).

Dolo

En la mayoría de las jurisdicciones, a pesar de las diferencias en terminología, en lo referente a la responsabilidad civil se considerará que un sujeto ha actuado intencionalmente si de manera voluntaria decidió comportarse de tal manera que era muy probable causar daños.³⁰ Por ello, el motivo por el que actúa el sujeto es

27 Véase nota 16, p. 11, por ejemplo.

28 “Determinación de la voluntad en orden a un fin”. Diccionario de la Real Academia.

29 “Descuido, falta de cuidado”. Diccionario de la Real Academia.

30 Para un estudio general sobre los enfoques de los distintos sistemas, véase International Encyclopedia of Comparative Law, “Tort”, p. 31.

en gran medida irrelevante, como también lo es la existencia o no de una intención maliciosa o un deseo real de causar daños.³¹ En muchos países de derecho continental, se conoce como dolo eventual (*dolus eventualis*) el actuar de una cierta forma sabiendo que es probable que se produzcan daños si así se actúa: un sujeto sabe que se pueden causar daños como resultado de su conducta y aunque cabe la posibilidad de que los daños no lleguen a ocurrir, acepta que se puedan ocasionar y se comporta así de todas formas. En los países de derecho angloamericano, aunque en el derecho de daños el significado de qué es dolo varía de un ilícito civil extracontractual a otro, el efectuar acciones voluntarias sabiendo que existe la probabilidad de causar daños puede dar lugar a responsabilidad³² en los ilícitos civiles pensados para proteger intereses como la vida, la libertad o la integridad física y mental. Ejemplos de esa clase de ilícitos extracontractuales son las agresiones físicas y la detención ilegal.³³

Culpa

En ese mismo sentido, en las distintas jurisdicciones el motivo —es decir, el que haya o no intención o deseo malicioso de infligir daño— es irrelevante para establecer la culpa o negligencia a los efectos de la responsabilidad civil. Además, a diferencia de los requisitos del dolo, en ninguna jurisdicción se requiere haber conocido o percibido el riesgo de causar un daño para establecer que un sujeto actuó negligentemente. Como se explicará después en mayor detalle, se puede considerar que un sujeto actúa negligentemente si el derecho considera que en esas circunstancias debería haber previsto el riesgo.

El Panel ha determinado que en los casos de daños a la vida y la libertad, la dignidad, la integridad física y mental, y la propiedad, la conducta negligente será a menudo suficiente para establecer la responsabilidad. Por consiguiente, la mayoría de las veces en que se causen daños a esos intereses, las jurisdicciones de derecho continental no le prestarán una mayor atención a la distinción entre dolo y culpa, si pueden determinar que al menos uno de los sujetos fue negligente y por tanto hay responsabilidad civil (y se cumplen además los requisitos de la existencia de daño y de causación). Como resultado de ello, en casos de daños a esos intereses los tribunales en las jurisdicciones de derecho civil en raras ocasiones harán un estudio de si hubo intención o no. Aunque el derecho de la responsabilidad extracontractual angloamericano incluye un pequeño número de causas explícitas pensadas para

31 A veces, habrá acciones procesales con respecto a un daño específico o una conducta concreta que requerirán un motivo o una intención maliciosa en el causante de los daños, pero esas son normalmente las excepciones y no fueron parte del análisis del Panel. Ejemplos de esas situaciones serían la responsabilidad por abuso del derecho en Francia; la responsabilidad por infligir daños contrarios a los principios éticos en Alemania (véase artículo 826, Código Civil alemán); responsabilidad por abuso del proceso en Inglaterra y Gales (véase *Mitchell v. Jenkins*, 1835).

32 UK: *Bradford Corporation v. Pickles*, 1895 A.C. 587; *Daily Mirror Newspapers, Ltd. v. Gardner and Another*, 1968 2 Q.B. 768; Canada: *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera* [2000] 1 S.C.R. 551.

33 Véase nota 22, p. 12, para un análisis de la cuestión sobre esta conducta que da lugar a responsabilidad.

remediar únicamente daños infligidos intencionalmente a intereses concretos,³⁴ esté o no presente el requisito estricto de la intencionalidad, siempre se puede interponer una acción procesal cuando se causen negligentemente daños a la vida, la libertad, la integridad física y mental, y la propiedad.

Puesto que de esta forma la conducta negligente es un mínimo común en todas las jurisdicciones en cuanto a la clase de conducta que puede dar lugar a responsabilidad civil, el Panel se concentra en las páginas siguientes en estudiar sus elementos.

Recuadro 3: Establecer el grado de culpabilidad de una organización empresarial

Aunque el derecho de la responsabilidad extracontractual angloamericano y continental europeo pueden considerar responsables a las organizaciones empresariales como si fueran seres humanos, las sociedades mercantiles no están físicamente presentes en el mundo de la misma manera que los seres humanos y no tienen cerebro y procesos mentales como los de ellos. Por lo tanto, para establecer el estado mental subjetivo de una organización empresarial (responder a la pregunta de si emprendió una conducta dañina de manera intencional o negligente) hay que remitirse al estado mental subjetivo de los seres humanos asociados con la sociedad mercantil.

“Un ser humano tiene una mente que puede tener conocimiento o intención, o ser negligente, y tiene también manos para llevar a cabo sus intenciones. Una sociedad mercantil no tiene ninguna de esas cosas: debe actuar mediante personas vivas, aunque no siempre a través de la misma persona. Por consiguiente, la persona que actúa no habla o actúa en nombre de la sociedad mercantil. Actúa como si fuera la propia sociedad mercantil y la mente que dirige sus actos es la mente de la sociedad mercantil. No cabe decir que la sociedad sea responsable vicaria. Esa persona no actúa como un servidor, representante, agente o delegado. Encarna a la sociedad mercantil o también se podría decir que oye y habla como si fuera la persona misma de la sociedad mercantil, dentro de su esfera de actuación apropiada, y su mente es la de la sociedad mercantil”.³⁵

34 Por ejemplo, como ya se mencionó, los ilícitos civiles (*torts*) de “ataques a las personas”: agresión, amenazas, prisión ilegal. Para una descripción, véase nota 22, p. 12.

35 *Tesco Supermarket v. Nastrass*, [1971] 2WLR 1166 (UK).

El Panel ha determinado que en todas las jurisdicciones, a la hora de evaluar si una organización empresarial actuó con intención o negligencia, el derecho sólo estudiará el estado mental subjetivo de ciertos empleados o directivos de las sociedades mercantiles.³⁶ Desde una perspectiva legal “algunas de las personas en la empresa son simples mandatarios o agentes que no son sino instrumentos que ejecutan las tareas y no se puede decir que representen su pensamiento o voluntad”.³⁷

En general, el Consejo de Dirección, el director gerente y otros altos directivos de una empresa se considerarán que hablan y actúan por la sociedad mercantil y, por lo tanto, su estado mental subjetivo se considerará cuando un tribunal busque pruebas acerca del estado mental subjetivo de la sociedad mercantil.³⁸ El derecho reconoce también que a veces estos directivos pueden delegar sus funciones en otros empleados de la sociedad mercantil, en cuyo caso el estado mental subjetivo de estos últimos pueden proporcionar pruebas del estado mental de la sociedad mercantil.

Aunque los conceptos que se usan para describir los requisitos formales necesarios para establecer la negligencia conforme al derecho de la responsabilidad extracontractual en las tradiciones angloamericana y continental europea, las consideraciones de política pública detrás de estos requisitos formales, que guiarán la aplicación de los tribunales del derecho, son similares. Así, en las diferentes jurisdicciones, para determinar si una conducta es negligente o no se plantean prácticamente las mismas preguntas, aunque se puedan formular de diferente manera en los diferentes países, y ser distintas las presunciones explícitas o implícitas en las diferentes jurisdicciones.

Formulado simplemente, una sociedad mercantil se podría considerar legalmente responsable por negligencia si no adopta el cuidado requerido por el derecho de daños.

Aunque los elementos se describen de manera diferente, en esencia establecer si una sociedad mercantil estuvo lo suficientemente involucrada implica hacerse las siguientes preguntas:

¿La empresa conocía, o debía haber conocido, que su conducta implicaba el riesgo de causar daños?

36 Por ejemplo, *England and Wales: Tesco Supermarket v. Nastrass*, [1971] 2WLR 1166 (UK).

37 *Lord Denning, Bolton (Engineering) Co. v. Graham* [1957] 1 Q-B. 159 (UK).

38 “Otros directores y gestores que representan la dirección y la voluntad de la empresa, y que controlan su actividad. La intención de esos directivos equivale a la intención de la empresa y se trata como tal por el derecho”. *Lord Denning, Bolton (Engineering) Co. v. Graham* [1957] 1 Q-B. 159 (UK).

¿La empresa tomó suficientes medidas para prevenir que se materializase el riesgo?

En todas las jurisdicciones, los tribunales evaluarán las respuestas a estas dos preguntas con respecto a lo que una persona razonable hubiera sabido y hecho en esas circunstancias.³⁹

La persona razonable concebida por el derecho de daños no es el mínimo común denominador entre los ciudadanos, sino un sujeto responsable y cuidadoso, es decir, “un buen ciudadano”.⁴⁰ El Panel ha observado que a medida que las expectativas sociales se desarrollan y crecen, también lo hacen las expectativas que tiene el derecho de daños sobre qué significa ser una persona razonable, de manera tal que los requisitos de una conducta cuidadosa hoy son siempre mayores de lo que lo fueron ayer.

Como indican las dos preguntas planteadas antes, los principales factores para determinar si una conducta determinada fue negligente se relacionan con a) el conocimiento que tenía o que debería haber tenido una sociedad mercantil acerca del riesgo de que su conducta causara daños, y b) si tomó las suficientes medidas para minimizar ese riesgo. En las siguientes páginas se analizarán y evaluarán estos dos elementos en mayor detalle.

Al buscar comprender la manera en qué el derecho de daños dará respuestas legales a estas dos preguntas frente a un cierto conjunto de hechos, es importante recordar que en la mayoría de las jurisdicciones no toda clase de daño y no toda clase de conducta dañina dará lugar a responsabilidad legal. El derecho de daños puede introducir requisitos que buscan limitar las circunstancias en las cuales se puede imponer responsabilidad legal.⁴¹ Por ejemplo, en algunos países de derecho angloamericano la responsabilidad legal por negligencia requiere la existencia de un “deber de cuidado”.⁴² Con el fin de que un sujeto esté obligado por un deber

39 Véase, por ejemplo: artículo 276(2), Código Civil alemán: “Una persona actúa de manera negligente si no ejerce un nivel de cuidado razonable”; véase para Inglaterra y Gales: *Blyth v. Company of Proprietors of the Birmingham Waterworks* (1856) 156 ER 1047, 1049 (cita más abajo); y desde una perspectiva de derecho comparado, véase, por ejemplo, el artículo 4: 102(1), “Required Standard of Conduct”, *Principles of European Tort Law*, www.egtl.org: “El estándar requerido de conducta es el de una persona razonable en esas circunstancias, y depende, en concreto, de la naturaleza y el valor del interés protegido afectado, la peligrosidad de la actividad, el conocimiento experto de la persona que la lleva a cabo, la previsibilidad del daño, la relación de proximidad o la confianza especial entre los participantes, y también la disponibilidad y el costo de los métodos alternativos o preventivos”.

40 En Francia, y en sistemas legales similares: *le bon père de famille* (el buen padre de familia). En Inglaterra y Gales véase, por ejemplo, *Blyth v. Company of Proprietors of the Birmingham Waterworks* (1856) 156 ER 1047, 1049 (UK): “La negligencia es omitir hacer algo que un hombre razonable, guiado por las consideraciones que regulan usualmente la conducta de los asuntos humanos, haría, o hacer algo que un hombre prudente y razonable no haría”. Véase para un análisis de la cuestión, Cees Van Dam, *European Tort Law*, Oxford University Press.

41 Esos requisitos tienen normalmente una intervención especialmente importante en casos concretos, por ejemplo, cuando el daño en cuestión se causó por omisión, cuando se alega la responsabilidad de los organismos públicos o cuando el remedio que se pretende para el daño es “pura pérdida económica” financiera.

42 Véase, por ejemplo, Reino Unido, *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605, y véase Winfield y

de cuidado, ha de ser previsible que su conducta pueda potencialmente causarle daños a ese sujeto particular o a una clase de sujetos. Aunque las jurisdicciones de derecho continental europeo no examinan si hay deber de cuidado, algunas pueden requerir que la conducta concreta no sólo se lleve a cabo sin respetar la mínima diligencia, sino que sea “ilegal”.⁴³ El significado de “ilegalidad” varía entre jurisdicciones y puede estar o no definido con precisión, pero por lo general se considera que incluye actos como la violación del derecho de otro individuo, el incumplimiento de un deber legal o la violación de una norma legal específica.⁴⁴ Otras jurisdicciones no introducen explícitamente esos mecanismos de control en circunstancias en las que puede surgir responsabilidad por conducta negligente, pero, como se estudiará en la sección 2.3, en lugar de eso pueden implícitamente limitar la responsabilidad mediante requisitos aplicables a la causación.⁴⁵

2.2.1 Conocimiento o previsibilidad del daño

Al considerar si una sociedad mercantil hubiera podido prever un riesgo, un tribunal buscará pruebas objetivas para determinar qué clase de información sobre el riesgo estaba disponible para la sociedad mercantil, cuál era la experiencia pasada de la empresa o la información que le proporcionaban sus empleados y consultores, los medios de comunicación y la sociedad civil. Cuando se alega que la conducta de una empresa ayudó a que el sujeto causara los daños, se pueden plantear preguntas acerca de cuál fue la información que estaba disponible para la sociedad mercantil, incluidos las prácticas y el comportamiento en el pasado de ese sujeto. Naturalmente, con el transcurso del tiempo, a medida que se hacen más accesibles los medios de comunicación y hay más información disponible, el grado de lo que se considera previsible aumenta en consonancia.

Por ejemplo, se han planteado muchas de esas preguntas en las denuncias civiles presentadas en varias jurisdicciones con respecto a los daños a la salud causados por la exposición de los trabajadores a los asbestos durante sus tareas.⁴⁶ En estos casos, los tribunales han declarado que desde hace cierto tiempo las sociedades mercantiles empleadoras sabían que la exposición a los asbestos era un riesgo para la salud de sus empleados. Los tribunales establecieron que las sociedades mercantiles tenían ese conocimiento a partir de sus declaraciones, en las que reconocían

Jolowicz, *Tort* (2006), párr. 5.2 y ss.

43 Véase, por ejemplo, el artículo 823 del Código Civil alemán: “Una persona que, intencional o negligente-mente, causa una lesión ilegítima a la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de una persona es responsable de compensar a la otra parte por el daño que surge de ello”; y véase artículo 1294, Código Civil austríaco; artículo 420, Civil y Código Comercial tailandés.

44 Véase, por ejemplo, el artículo 823 del Código Civil alemán.

45 Esta es la práctica en Francia y en muchas jurisdicciones que siguen el derecho francés.

46 *Wren v. Csr Ltd & Another* [1997] NSWDDT 7; (1997) 15 NSWCCR 45 (8 de agosto de 1997), Australia, Dust Diseases Tribunal of New South Wales; *John Pinder v. Cape LPC* (2006) EWHC 3630 (QB), 20 de diciembre de 2006.

los riesgos,⁴⁷ o debido al hecho de que tenían archivos con información sobre ellos.⁴⁸ Sin embargo, incluso si no hubieran existido esas pruebas, los tribunales habrían tenido en cuenta el estado del conocimiento disponible generalmente en esa época, y hubieran decidido sobre esa base cuál hubiera sido el conocimiento que hubiera tenido una persona razonable.

Más allá de la pregunta acerca de cuál era la información que estaba disponible fácilmente, el Panel ha observado que el derecho de daños puede considerar que, dadas las circunstancias, una persona razonable en la posición de la sociedad mercantil hubiera llevado a cabo averiguaciones sobre los riesgos potenciales que implicaría su conducta, y gracias a ello hubiera podido prever el riesgo de causar daños. De esta manera, el derecho de daños requerirá a menudo que las sociedades mercantiles emprendan un proceso de diligencia debida: que la sociedad efectúe una investigación y un inventario de los riesgos potenciales que se puedan derivar de sus actividades para terceros. En general, cuanto más grave pueda ser el riesgo para los terceros, menos fácil será para una sociedad mercantil demostrar que no sabía o no podía haber sabido que el riesgo se podía hacer realidad.

Recuadro 4: Preguntas prácticas sobre el conocimiento y la previsibilidad del riesgo

El Panel cree que una sociedad mercantil que desee evitar el riesgo de incurrir en responsabilidad civil se haría las siguientes preguntas, relacionadas con la previsibilidad del riesgo:

- ¿Tiene la sociedad mercantil información real acerca del riesgo de que ocurra una violación manifiesta de los derechos humanos en una situación concreta?
- ¿Le han advertido otros sujetos a la sociedad mercantil de esos riesgos?
- ¿Tienen otros sujetos involucrados en la situación antecedentes por violar los derechos humanos?
- ¿Existe información disponible públicamente que avisa del riesgo de que ocurran violaciones manifiestas de los derechos humanos en esa situación, o en un contexto general?

47 *John Pinder v. Cape LPC* (2006) EWHC 3630 (QB), 20 de diciembre de 2006.

48 *Wren v. Csr Ltd & Another* [1997] NSWDDT 7; (1997) 15 NSWCCR 45 (8 de agosto de 1997), Australia, Dust Diseases Tribunal of New South Wales.

- ¿La información disponible para los expertos familiarizados con el contexto, la situación, el lugar o los sujetos afectados, señala los riesgos de que ocurran violaciones manifiestas de los derechos humanos?
- ¿La sociedad mercantil, guiada por los ejemplos de los procesos que cumplen con la diligencia debida, ha llevado a cabo averiguaciones para a) descubrir el riesgo de causar daños y b) averiguar a qué clase de riesgos contribuiría su conducta?

2.2.2 Adopción de medidas preventivas

Si se establece que una sociedad mercantil conocía o debería haber conocido el riesgo, la segunda pregunta sería sobre las medidas que se deberían haber tomado para prevenir que el daño se hiciese realidad. ¿Cómo de grave era el riesgo potencial? ¿Cuál era la probabilidad de que ocurriese? ¿Qué hubiera hecho una persona razonable una vez que hubiese percibido el riesgo? ¿Era posible comportarse de otra forma que pudiera haber evitado el riesgo? ¿Era posible adoptar medidas preventivas o que hubieran reducido el riesgo? Y si era posible, ¿por qué no se adoptaron?

La responsabilidad legal puede surgir conforme al derecho de daños no sólo por una conducta que causa activamente daños, sino también por no hacer nada, es decir, por omisiones o por permanecer en silencio.⁴⁹ Eso significa que la adopción de medidas preventivas puede requerir no sólo que una sociedad mercantil se abstenga de comportarse de una determinada manera, por ejemplo no proporcionar armas a alguien, sino también que pueda tener que tomar la iniciativa y proteger a alguien, o impedir que alguien actúe de una cierta forma. Aunque puede ser difícil trazar una línea clara entre actos y omisiones, en todas las jurisdicciones el derecho de daños reconoce que en ciertas circunstancias se puede imponer un cierto deber de actuar.⁵⁰ Tanto en las jurisdicciones de derecho angloamericano como de derecho

49 En inglés se usa a veces el término “*nonfeasance*”. (Aunque su traducción sería “omisión”, es un término jurídico que se refiere a una clase de ellas: las que se producen en el marco de relaciones donde existe un deber de cuidado, cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad. *N. del T.*)

50 Véase para un resumen comparado de la legislación europea, artículo 4: 103, *Principles of European Tort Law*, www.egtl.org: “Puede existir un deber de actuar positivamente para proteger a otros del daño si el derecho así lo dispone, o si el sujeto crea o controla una situación peligrosa, o cuando hay una relación especial entre las partes o cuando la gravedad del daño para la otra parte y la facilidad de evitarle el daño sugerirían la existencia de ese deber”. En las jurisdicciones de derecho angloamericano el que pueda o no surgir responsabilidad a partir de una omisión se tratará mediante un análisis del deber de cuidado; véase, por ejemplo, *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605. En Alemania, se considera que el artículo 823(1) del Código Civil alemán incluye la responsabilidad por daños a los derechos o intereses de otra persona causados por omisión: RG 30 de octubre de 1902, RGZ 52, 373; y en Francia el artículo 1.383 del Código Civil se considera que cubre la responsabilidad tanto por actos positivos como por omisiones. Para un análisis de la cuestión, véase Cees van Dam, *European Tort Law*, p. 205.

continental europeo es más probable que surja la imposición de ese deber cuando la empresa tiene una relación especial con el autor principal, la víctima, el lugar donde se causa el daño o los medios mediante los cuales se inflige.

De hecho, es cierto en general que en relación con los actos y las omisiones cuanto más cercana sea la relación de la empresa con una víctima, desde el punto de vista del tiempo y el espacio, o cuanto más cercana sea la relación entre la empresa y el autor principal, en cuanto a la duración y la profundidad, más probable es que un tribunal determine que la empresa debería haber tomado medidas concretas para evitar el riesgo de que el daño se hiciese realidad.

También según el derecho de daños cuanto mayor es el riesgo, más cauta tiene que ser una sociedad mercantil. Esto significa que cuanto más probable es que los terceros se vean afectados por la conducta de la sociedad mercantil o cuanto más grave sea el daño, mayor serán las precauciones que debe adoptar la sociedad. Por ejemplo, en el caso del asbesto, el riesgo para la salud se considera tan elevado que se ha prohibido el uso de ese material. Las empresas que quitan los asbestos de los edificios tienen que proporcionar a sus empleados los mejores equipos de seguridad disponible. Las graves consecuencias que tiene para la salud del empleado el contraer la enfermedad de los asbestos (asbestosis) requiere el mayor nivel de cuidado por parte del empleador. En otras situaciones, donde el riesgo es menos grave o inmediato, podría ser suficiente advertir a las víctimas potenciales del riesgo.⁵¹ Eso no previene el riesgo, pero reduce las posibilidades de que se haga realidad.

Recuadro 5: Iniciativas voluntarias: directrices para las sociedades mercantiles sobre la previsibilidad del riesgo y las medidas preventivas

El Panel ha encontrado que en algunas situaciones puede haber varias campañas públicas y directrices de organismos privados de supervisión que proporcionarán a las empresas que actúan en ciertos entornos buenos ejemplos de prácticas, gracias a los cuales podrán identificar y averiguar los riesgos previsibles y, por lo tanto, tomar medidas preventivas. Aunque no sean medidas legales, y no tengan relevancia legal en los procesos judiciales civiles nacionales, esas iniciativas privadas pueden proporcionar a veces a las sociedades mercantiles, sus abogados y los jueces ejemplos efectivos de buenas prácticas, e indicaciones acerca de cuál sería un comportamiento apropiado.

51 Por ejemplo, en ciertas condiciones, un fabricante de medicamentos puede distribuir en el mercado medicamentos que tengan ciertos efectos colaterales, siempre y cuando informe al consumidor o paciente de esos efectos.

Sin embargo, el Panel desearía también observar que una empresa no puede confiar simplemente en seguir las indicaciones proporcionadas por esas iniciativas para estar segura de no situarse dentro de la zona de riesgo legal. Las iniciativas voluntarias existentes no se ocupan de todas aquellas situaciones y circunstancias en las cuales se entra en una zona de riesgo legal. Además, incluso cuando existen directrices voluntarias relevantes puede ocurrir que los requisitos legales aplicables sean más elevados o más específicos.

Previsibilidad del riesgo. En ocasiones la simple adopción e introducción de esas iniciativas subraya el hecho de que en ciertas situaciones o contextos, o en relación con ciertas actividades el riesgo de daños y violaciones de los derechos humanos se considera previsible por lo general. Por ejemplo, el número de industrias y de ONG que promueven códigos de conducta destinados a fabricantes, vendedores y otras empresas parte de cadenas de suministro de ropa subrayan el hecho de que existe un riesgo generalmente aceptado de que en esos contextos puedan ocurrir violaciones manifiestas de los derechos humanos, como son el trabajo forzado o el trabajo infantil.⁵²

Previsibilidad del riesgo y medidas preventivas. A veces las iniciativas voluntarias proporcionan ejemplos de la clase de valoraciones que las empresas deberían efectuar con el fin de identificar los riesgos potenciales (previsibilidad) y para identificar el tipo de actividad necesaria para mitigar esos riesgos (medidas preventivas). Por ejemplo, los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos establecen varias medidas recomendables que las sociedades anónimas que participan en seguridad pública y privada deberían tomar para prevenir riesgos potenciales y para responder a estos riesgos.⁵³

Medidas preventivas. Con frecuencia las iniciativas voluntarias proporcionan ejemplos de la clase de medidas que las sociedades mercantiles adoptarían para minimizar o eliminar los riesgos. Por ejemplo, el Sistema de Certificación del Proceso de Kimberley formula una serie de medidas que se recomiendan a las empresas que compran y venden diamantes, dirigidas a minimizar el riesgo de que mediante el comercio de diamantes apoyen y fortalezcan financieramente la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos.⁵⁴

52 Véase, por ejemplo, “Fair Labour Association, Code of Conduct”, *disponible en* http://www.fairlabor.org/all/code/FLA_PRINCIPLES_OF_MONITORING.pdf.

53 Véase, “Voluntary Principles on Security and Human Rights”, *disponible en* http://www.voluntaryprinciples.org/files/voluntary_principles.pdf.

54 <http://www.kimberleyprocess.com>.

2.3 Causación y complicidad

Como se afirmó antes,⁵⁵ según los principios de responsabilidad por culpa, cuando se sufre un daño el derecho de daños considerará legalmente responsables sólo a aquellos sujetos cuya conducta negligente o intencional se conecta con el daño o han contribuido a él de alguna forma. La investigación del Panel se ha concentrado en describir cuando ser cómplice en violaciones manifiestas de los derechos humanos podría establecer esa clase de conexión o aportar esa contribución a efectos de la responsabilidad civil.

La cuestión de si existe o no un vínculo suficiente entre la conducta y el daño sufrido conforme a la responsabilidad civil no es una cuestión simple, y hay varias cuestiones fácticas, legales y de política pública que los tribunales tendrán en cuenta cuando toman una decisión sobre si el requisito de la conexión o la contribución se cumple o no. Al mismo tiempo, a pesar de las complejidades, existe una base común entre los sistemas legales: cuando quiera que la conducta de una sociedad mercantil es causa de los daños sufridos, la sociedad mercantil se encuentra potencialmente en una zona de riesgo legal.⁵⁶

Según el derecho de daños, para que una conducta constituya la causa de un daño, debe existir una conexión causal entre esa conducta y el daño. Es una cuestión de hecho. Una vez que se establece la existencia de los hechos, entran en juego consideraciones legales y de política pública a la hora de valorar si la conexión causal está lo suficientemente cerca para generar responsabilidad legal, y la mayoría de los sistemas legales creen que “se debe establecer algún límite a la responsabilidad legal, porque las consecuencias de un acto se extienden teóricamente hasta el infinito”.⁵⁷

2.3.1 Causación fáctica

Cuando se analiza si existe una conexión causal o no, la principal cuestión que se preguntarán los tribunales es si la conducta observable fue o no una condición necesaria de la producción del daño.⁵⁸ Cuando quiera que se produce un daño,

55 Véase p. 14.

56 Para ejemplos de fuentes, véase la nota 106.

57 South Africa Court of Appeal, *Minister Of Safety And Security v. Hamilton* (457/2002) [2003] ZASCA 98 (26 de septiembre de 2003), at 42; y véase también South Africa Court of Appeal, *International Shipping Co (Pty) Ltd v. Bentley* (1990 1 SA 680 (A) 700F-H).

58 Una expresión latina habitual para describir esto es “*conditio sine qua non*”. Véase, por ejemplo: artículo 3: 101. “Causation, Principles of European Tort Law”, <http://www.egt.org>. En inglés ello exige a menudo el test de la “condición necesaria”, sin la que no hubiera tenido lugar el daño. Para el enfoque del derecho angloamericano, véase, por ejemplo, *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee*, 1969 1 QB 428, y para un análisis de la cuestión, véase: Hoffman, “Causation”, *Law Quarterly Review*, 2005, 121 (octubre), 592. Para poder comprender si es necesario o no que esté presente el vínculo se requerirá alguna clase de indagación hipotética y retroactiva sobre lo que podría haber pasado si se hubiera seguido el curso normal de los acontecimientos y esa conducta en cuestión no hubiera tenido lugar; véase South Africa Court of Appeal, *International Shipping Co (Pty) Ltd v. Bentley* 1990 (1) SA 680 (A); South Africa Court

habrá una serie de acontecimientos grandes y pequeños, cercanos y distantes, que conformaran la cadena de causación, y llevarán a que se produzca el daño. Sin la presencia de uno de esos acontecimientos, el daño no hubiera ocurrido o hubiera sido de una diferente naturaleza o en menor grado. En términos fácticos, si una conducta entra dentro de esta cadena de causación, incluso si no es la única o principal causa,⁵⁹ el vínculo requerido se habrá establecido.

Cuando ocurre una violación manifiesta de los derechos humanos, el Panel cree que habrá normalmente varios sujetos cuya conducta negligente tendrá un nexo causal con el vínculo y el daño resultante. Reconstruir la cadena de causación implica mirar más allá del principal autor (sea este el gobierno, un grupo armado o cualquier otro actor) y comprender los numerosos factores que han hecho posibles la perpetración de esos abusos. Por ejemplo, cuando los disidentes políticos están sometidos a la desaparición forzada y la tortura por un organismo del Estado, varias acciones diferentes pero conectadas pueden contribuir conjuntamente a esa situación condenable: las acciones directas de los funcionarios del organismo administrativo; el suministro de una empresa de transporte y servicios utilizados para trasladar a los disidentes; los servicios de una empresa de tecnología usada para identificar la localización de los disidentes; y una venta de equipos por un fabricante de armas pensados para torturar. A veces el lugar que ocupa una sociedad mercantil en la cadena de causación implica presuntamente una participación directa y activa en violaciones cometidas por un autor principal, por ejemplo si se alega que los empleados en empresas de seguridad privadas han participado en el interrogatorio y la tortura de detenidos en prisiones militares. En otras situaciones, se acusa a las empresas de haber causado el daño, ya que le han proporcionado al sujeto principal las armas y las herramientas para infligir el daño, o han participado en una asociación empresarial donde los términos del acuerdo le asignan una obligación concreta al otro sujeto cuyo cumplimiento produce violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Cualquier clase de conducta se puede considerar como la causa de un daño, incluso si constituye parte ordinaria de las actividades empresariales. El Panel considera después en más detalle transacciones y acuerdos empresariales concretos, como vender y proveer bienes y servicios, comprar en una cadena de suministro, financiar, contratar servicios y participar en un acuerdo empresarial. Se ha argumentado que ese tipo de operaciones comerciales son parte intrínseca de una cadena de causación que lleva a causar el daño mediante violaciones manifiestas de los derechos humanos. El Panel cree que la naturaleza de la conducta negligente o intencional es y debería ser irrelevante jurídicamente a los efectos de la responsabilidad civil una vez que se haya determinado que la conducta forma parte de una cadena de causación que lleva a una violación manifiesta de los derechos humanos.

of Appeal, *Minister for Security v. Hamilton*, 26 de septiembre de 2003, caso n° 457/02.

59 Véase, por ejemplo: *Athey v. Leonati* 1996, 2 SCR 458 (Canadá); *March v. E & MH Stramere Pty. Ltd* 1991 171 CLR 506 (Australia).

Las sociedades mercantiles argumentan a veces que no se puede establecer un nexo causal porque las violaciones manifiestas de los derechos humanos hubieran tenido lugar de todas formas, aun si la sociedad mercantil no hubiera estado involucrada. Sin embargo, no se intenta establecer si en general hubieran tenido lugar las violaciones manifiestas de los derechos humanos sin la contribución de la sociedad mercantil, sino más bien si el daño específico que sufrió una víctima concreta se causó debido a la conducta de la sociedad mercantil, aun si su contribución fue la menor posible. Por ejemplo, el hecho de que un Estado use regularmente trabajo forzado no será relevante para determinar si una sociedad mercantil se considera vinculada causalmente con las violaciones de los derechos humanos y con el daño resultante cuando la sociedad mercantil celebra un acuerdo de asociación empresarial de riesgo compartido (*joint-venture*) con ese Estado y sabe que éste usará trabajo forzado para ejecutarlo. Mientras que en esas circunstancias puede ser cierto que el trabajo forzado hubiera tenido lugar de todas formas en ese país, la cuestión relevante es si sin el acuerdo de colaboración empresarial se hubieran visto implicadas las mismas víctimas y hubiera ocurrido el mismo daño en esas mismas circunstancias.

Las sociedades mercantiles argumentan también a veces que si no hubieran negociado con el Estado, los grupos armados u otras empresas, alguien más lo hubiera hecho. Sin embargo, ese hecho no es relevante para establecer la cadena de causación. Un tribunal se limitará a considerar los hechos ocurridos en el caso concreto y no sustituiría la conducta de la sociedad mercantil con la contribución hipotética de otros sujetos no involucrados en los acontecimientos. Es irrelevante para establecer la causación que pudiera haber sociedades mercantiles haciendo fila para colocarse en la posición de la empresa involucrada si esta decidiera no continuar con el contrato.

2.3.2 Consideraciones legales y de política pública

Una vez que se ha establecido un nexo causal entre la conducta y el daño sufrido, se puede comenzar a considerar las cuestiones jurídicas y de política pública, que determinan si en esas circunstancias debería surgir o no responsabilidad legal. Como se explicó anteriormente, una cadena de causación puede comprender varios elementos, siempre más distantes entre sí que, a pesar de su lejanía, son causas fácticas del daño. El derecho de daños establecerá una línea entre los actos causales que deberían dar lugar a responsabilidad civil, y aquellos que se consideran demasiado lejos en la cadena de causación para dar lugar a ella.⁶⁰ El Panel cree que si se

60 Véase South Africa Court of Appeal, *Minister of Safety and Security v. Hamilton* (457/2002) [2003] ZASCA 98 (26 de septiembre de 2003), p. 42; y también South Africa Court of Appeal, *International Shipping Co (Pty) Ltd v. Bentley* (1990 1 SA 680 (A700F-H): “El segundo problema involucra la cuestión de si el demandado debería haber respondido por las consecuencias que contribuyó a crear su conducta y en qué grado lo debería hacer. Como cuestión política práctica, se debe establecer alguna limitación a la responsabilidad legal, porque las consecuencias de un acto se pueden extender ilimitadamente. Debe haber una conexión razonable entre el riesgo de causar el daño y el daño causado. Esta averiguación, a diferencia de la primera, presenta un campo mucho más extenso en el que escoger opciones y donde las consideraciones de política

aplica correctamente este enfoque se puede reconciliar con las ideas del sentido común en cuanto a quién debería responder por las diversas consecuencias que pudiera tener una conducta.

El lenguaje usado para establecer la cadena causal difiere entre las jurisdicciones, y no sólo entre jurisdicciones de derecho continental europeo y de derecho angloamericano, sino también de un país a otro. No existe un enfoque común a este respecto. Sin embargo, dependiendo de las circunstancias, en varias jurisdicciones los tribunales tendrán en cuenta elementos parecidos cuando establezcan la causación.⁶¹ Una cuestión importante será si el perjuicio causado se podría haber previsto por una persona razonable. Como se explicó antes, la previsibilidad razonable es un estándar objetivo que determina lo que una persona prudente hubiera podido prever en esas circunstancias y tiene importancia a la hora de establecer tanto la negligencia (culpa) como la causación.⁶² En el contexto de la determinación de si una sociedad mercantil fue negligente, como se estudió antes, la previsibilidad razonable se ocupa de cuán probable era que se causase alguna clase de daño a ciertos intereses debido a la conducta negligente del sujeto, mientras que en el contexto de la causación la cuestión es sobre la probabilidad de que se causara en la práctica el daño como producto de una conducta negligente. Cuando se intenta determinar la causación para imponer responsabilidad por negligencia, el requisito de la previsibilidad se relaciona con el hecho de que la conducta particular pueda causar daños a un interés concreto, como daños a la salud o a la propiedad. No se necesita poder prever la secuencia particular de acontecimientos que produjo el daño, en especial en los casos de daños personales.⁶³

Otros elementos importantes serían cómo de lejano es el daño —tanto en el tiempo como con respecto al lugar donde ocurre— con respecto a la conducta juzgada, cuál es la naturaleza y el valor del interés protegido —la causación se establece más fácilmente en casos de intereses como la vida y la salud que en casos de pura pérdida económica— y cuál el cuidado que empleó el sujeto correspondiente

jurídica y las valoraciones éticas deben ser los árbitros finales del equilibrio que se debe lograr entre, por un lado, la solicitud de reparación integral del daño sufrido por la víctima inocente a consecuencia de otra conducta culpable y, por otro lado, la carga excesiva que se impondría a las actividades humanas si el causante de un daño tuviera que responder de todas las consecuencias de su conducta errónea”.

61 Véase, por ejemplo, artículo 3: 201, *Principles of European Tort Law*, www.egtl.org: “Cuando una actividad es una causa en el sentido de la sección 1 de este capítulo, que se le pueda atribuir un daño a una persona y en qué grado dependerá de factores como: a) la previsibilidad del daño que pudiera haber hecho una persona razonable en el momento de la acción, considerando en particular la cercanía en el tiempo o en el espacio entre la actividad dañina y sus consecuencias, o la magnitud del daño en relación a las consecuencias normales de una actividad como esa; b) la naturaleza y el valor del interés protegido (artículo 2: 102); c) el fundamento de la responsabilidad (artículo 1:101); d) el ámbito de los riesgos ordinarios de la vida; y e) la finalidad protectora de la regla que se ha infringido”.

62 Véase p. 19, sección 2.2.1.

63 Véase para un análisis de la cuestión, Cees van Dam, *European Tort Law* (2006), p. 267.

—cuanto más descuidada considera un tribunal una conducta, más probable es que se considere parte de la cadena causal—. ⁶⁴

A veces un tribunal puede establecer que otro acontecimiento o la conducta de otro sujeto han roto la cadena de causación entre el acto de la sociedad mercantil y el daño. A eso se le denomina a veces “interferencia” en la cadena causal. ⁶⁵ En esos casos, los tribunales pueden considerar que el nexo causal entre el acto de la sociedad mercantil y el daño no es lo suficientemente directo porque el daño es “demasiado remoto” con respecto a la conducta de la empresa ⁶⁶ o no es ya una “consecuencia inevitable” del acto o la omisión del acusado. ⁶⁷ Sin embargo, es muy improbable que la conducta intencional de otro sujeto se considere una interferencia si esa conducta era previsible y la sociedad mercantil tenía una relación especial con el sujeto.

Cuando el personal militar estadounidense inició un pleito civil contra los bancos que le proporcionaron cartas de crédito al gobierno iraquí, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos estudió si proporcionar cartas de crédito fue causa o no de las lesiones físicas que sufrió el personal durante la Guerra del Golfo cuando los Estados Unidos y las fuerzas aliadas hicieron estallar un depósito de armas químicas. Las cartas de crédito se usaron por el gobierno iraquí en transacciones efectuadas con proveedores de productos químicos. El Tribunal declaró que en esas circunstancias el daño sufrido no era un resultado previsible de la concesión de cartas de crédito:

Lo que los demandantes le pidieron al Tribunal que aceptara es que al proporcionar cartas de crédito a los fabricantes de químicos, el banco...debería haber previsto el riesgo de que esos químicos se le vendieran a Iraq; que Sadam Hussein usaría esas armas para fabricar armas letales, que esas armas se almacenarían en una localización que un día sería bombardeada por fuerzas de la coalición; que las bombas darían en el blanco y detonarían las armas químicas; que la detonación causaría una liberación de emisiones tóxicas; que esas emisiones permeaban la atmósfera; que los demandantes estarían presentes en esa atmósfera, respirarían esas emisiones y sufrirían las lesiones alegadas. Teniendo en cuenta la sucesión de acontecimientos, este Tribunal tiene que concluir que no hubo nada que le sugiriera a la inteligencia más precavida que una carta de crédito causaría el daño que alegan los demandantes”. ⁶⁸

64 En especial en las jurisdicciones de derecho continental europeo donde el Código Civil refleja el enfoque alemán, y se pueden plantear también preguntas como si las consecuencias formaban parte de los riesgos ordinarios de la vida y si cuando se evalúa la causación la regla violada pretendía proteger el daño sufrido de hecho por la víctima.

65 Novus Actus Interveniens.

66 Eso es cierto por lo general para el enfoque de los sistemas de derecho angloamericano.

67 Este puede ser el enfoque en Francia, o en los sistemas de derecho continental europeo que siguen el enfoque francés.

68 *James Stutt et al. v. the De Dietrich Group et al., United States District Court, E.D. New York, F Supp.2d, 2006*

Recuadro 6: Preguntas prácticas sobre la causación

El Panel cree que una sociedad mercantil que pretenda evitar el riesgo de responsabilidad civil por complicidad en violaciones manifiestas de los derechos humanos se debería hacer las siguientes preguntas cuando quiera saber si un tribunal considerará su conducta como causa de los daños en caso de presentarse una demanda civil:

- ¿Existe una conexión causal potencial, grande o pequeña, entre la conducta de la sociedad mercantil y la violación manifiesta de los derechos humanos? Es decir, ¿podría contribuir la conducta de la sociedad mercantil de alguna forma a la perpetración de una violación manifiesta de los derechos humanos?
- ¿Puede prever o podría haber previsto la sociedad mercantil (a partir de una investigación y de la valoración del riesgo) el riesgo de que su conducta contribuyera a causar una clase concreta de daño (por ejemplo, lesiones personales) o un daño a un interés concreto (por ejemplo, la vida o la libertad personal)?
- ¿Cuál es el interés que se pone en riesgo de sufrir daños?
- ¿Cuánto se arriesga la empresa con su conducta a colocarse en un lugar cercano al resultado dentro de la cadena de causación que conduce a la violación manifiesta de los derechos humanos?

En lo referente a si un tribunal reconocerá la existencia o no de un vínculo causal, el Panel ha observado que la decisión variará dependiendo de los hechos y en última instancia será un asunto que dependerá del contexto. En esencia, en cada sistema legal eso supone que los tribunales llevarán a cabo una evaluación basada en criterios de política pública acerca de cuál es la conducta que el derecho de daños debería sancionar y si se debería remediar el daño causado.

Por ejemplo, la naturaleza del daño causado y/o el derecho o el interés afectado por la conducta será a menudo un elemento fundamental detrás de la decisión de un tribunal y, por ejemplo, muchas veces los tribunales considerarán el daño a la integridad corporal de una persona más previsible que los causados a los intereses económicos.⁶⁹ Cuanto más grave sea la violación de los derechos humanos y el

WL 1867060, p. 17, 30 de junio de 2006.

69 En todas las jurisdicciones de derecho angloamericano y de derecho continental europeo, cuando se resuelven demandas sobre lesiones personales se acepta la máxima de “que el causante del daño responde ante la víctima como la encuentra”. Esto significa que el demandado tiene también que responder por las consecuencias relacionadas con las debilidades y las predisposiciones del denunciante, incluso cuando

daño resultante, mayor será el riesgo de responsabilidad legal para una sociedad mercantil cuya conducta forme parte de la cadena de causación. Las violaciones manifiestas de los derechos humanos han tenido impactos duraderos y graves en sus víctimas y el Panel cree que las consideraciones sobre política pública determinan —y cada vez lo harán más— que se deba reparar ese daño mediante la responsabilidad civil y que aquellos que contribuyen a su causación sean considerados legalmente responsables.

Además, el Panel ha determinado que cuando una empresa actúa intencionalmente la causación en todas las jurisdicciones se convertirá en un asunto menos complejo y los tribunales adoptarán un enfoque más flexible. Con frecuencia una conducta que se emprendió con la intención de contribuir a la comisión de un daño se considerará causa del daño aun si la conducta puede estar muy lejana en la cadena de causación del daño.⁷⁰

2.4 Conclusiones: los principios del derecho de la responsabilidad civil

A lo largo de la sección precedente el Panel ha considerado los elementos que evaluará el derecho de daños antes de considerar a una empresa legalmente responsable como presunta cómplice de violaciones manifiestas de los derechos humanos. En su análisis, el Panel ha identificado varias preguntas que se harán los tribunales a la hora de decidir si alguien se debe considerar responsable frente a un conjunto específico de hechos. Son las mismas preguntas que se expusieron en la sección 1.2:

¿Se infligió un daño a los intereses de las víctimas protegidos por la ley?

¿La sociedad mercantil sabía que su conducta suponía un riesgo de causar daños a los intereses de la víctima o una empresa responsable en esas circunstancias lo hubiera sabido?

Si se tiene en cuenta ese riesgo, ¿la empresa adoptó las medidas preventivas que una empresa responsable hubiera adoptado con el fin de impedir que el riesgo se hiciera realidad?

esa persona es extremadamente vulnerable y no era previsible causar daños en ese caso concreto. Por otro lado, en casos en los que el daño sufrido equivale a una pura pérdida económica, la demanda puede no llegar siquiera a la etapa del estudio de la causación porque podría decidirse que no existe un deber de cuidado, mientras que un tribunal de derecho continental europeo, a partir del alcance de la norma invocada como fundamento de responsabilidad, puede decidir que no se contemplaba la prevención de las pérdidas económicas.

70 *Quinn v. Leatham* [1901] AC 495, 537: “La intención de causar lesiones al demandante hace que se prescinda de cualquier cuestión relativa a la ausencia de relación causal con el daño”. Véase también, Alemania: BGH 27 de enero de 1981, BGHZ 79, 259, 262. Véase también Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, Clarendon Press, Oxford, 1998, vol. 1, p. 77.

Por último, ¿la conducta de la sociedad mercantil contribuyó a la causación del daño?

En la siguiente sección el Panel analiza la aplicación de estas preguntas en el contexto de varias situaciones fácticas posibles que suelen dar lugar habitualmente a acusaciones de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

3 La aplicación del derecho de daños a las acusaciones específicas de complicidad

Las empresas deben enfrentar acusaciones como cómplices de violaciones manifiestas de los derechos humanos en numerosas situaciones. Estas acusaciones se hacen a menudo cuando las sociedades mercantiles celebran transacciones empresariales, o establecen y permanecen en una relación comercial con otro sujeto que está llevando a cabo violaciones manifiestas de los derechos humanos. En las siguientes páginas, el Panel explora la aplicación potencial del derecho de daños a algunos de los tipos de interacción y relaciones empresariales que pueden dar lugar a acusaciones de complicidad. En estas situaciones, comprender si una empresa se puede considerar legalmente responsable implica mirar la situación a través de la lente de las cuatro preguntas destacadas al final de la sección anterior.

Puesto que los hechos de cada situación individual varían, también lo harán las respuestas a estas preguntas y la decisión de cualquier tribunal sobre si se debe imponer responsabilidad legal. Igualmente, más allá del análisis de los hechos, el Panel ha determinado que las consideraciones de política pública tendrán una gran relevancia en cualquier decisión de imponer o no responsabilidad civil a una empresa con respecto a circunstancias en las que presuntamente fue cómplice de violaciones manifiestas de los derechos humanos. Esas consideraciones de política pública variarán significativamente de un caso a otro y su impacto no se puede cuantificar en abstracto.

3.1 Proporcionar bienes y servicios

Sea proporcionando materias primas, equipos o infraestructura, ayuda logística, localización, información o financiación, las empresas que actúan en una variedad amplia de contextos en todo el mundo se han visto sujetas a acusaciones de complicidad en violaciones manifiestas de los derechos humanos porque han proporcionado presuntamente al autor principal los medios para llevar a cabo los abusos.

A veces en esas situaciones se han abierto procesos civiles contra las sociedades mercantiles. Se han presentado varias demandas judiciales en los Estados Unidos, por ejemplo, contra un fabricante de maquinaria de construcción por vender retroexcavadoras al ejército israelí, que éste usó para demoler viviendas en Palestina, lo que a veces causó lesiones a civiles y muertes;⁷¹ y contra empresas petroleras, fabricantes de armas, bancos, fabricantes de automóviles y empresas de compu-

71 *Cynthia Corrie v. Caterpillar Inc.* Para sentencias relevantes, véase: United States District Court, W.D. Washington: *Cynthia Corrie v. Caterpillar Inc.*, 403 F. Supp. 2d 1019, W.D.Wash., 22 de noviembre de 2005, y United States Court of Appeals, 9th Circuit: *Cynthia Corrie v. Caterpillar Inc.*, 503 F. 3d 974, C.A.9 (Wash.), 17 de septiembre de 2007.

tación por haber vendido bienes y prestado servicios al régimen del apartheid en Sudáfrica.⁷² Se han presentado también demandas en otros países, como ocurrió en Suiza contra una empresa de computación a la que se le acusaba de haber proporcionado programas de computación al régimen nazi durante el Holocausto, que su usaron presuntamente para rastrear las localizaciones y las identidades de aquellos escogidos para ser exterminados.⁷³

Recuadro 7: Jeppesen Dataplan y el Programa Estadounidense de Entregas Extraordinarias de Prisioneros

Entre los años 2001 y 2007, varios sospechosos de terrorismo de diferentes nacionalidades fueron detenidos en diversos lugares de todo el mundo y retenidos por la CIA y otros organismos de seguridad de los Estados Unidos.⁷⁴ Se les transfirió a lugares de detención de diferentes países y se les interrogó. Se denunció que los prisioneros se mantenían incomunicados por distintos periodos de tiempo, y en algunos casos fueron sometidos a desaparición forzada y torturados. Aunque las situaciones en las cuales estaban detenidos los prisioneros diferían, en todos los casos su detención y transferencia ocurrió supuestamente sin respetar los procedimientos legales normales de extradición, deportación, expulsión o traslado. Se les negó acceso a sus familias, abogados y funcionarios del consulado de sus países y su detención no estuvo supervisada judicialmente durante largos periodos.

En el 2007, algunas de estas personas presentaron una demanda civil en los Estados Unidos contra la compañía de aviación Jeppesen Dataplan.⁷⁵ La demanda alegaba que la sociedad mercantil contribuyó a las violaciones manifiestas de los derechos humanos cometidas por el gobierno

72 *Khulumani v. Barclay Nat. Bank Ltd.*: Para sentencias relevantes, véase: *Khulumani v. Barclay Nat. Bank Ltd.* 509 F. 3d 148, C.A.2, 27 de noviembre de 2007; *Khulumani v. Barclay Nat. Bank Ltd.* 504 F. 3d 254 (2nd Cir. (N.Y.), 12/10/ 2007) y *In re South African Apartheid Litigation*, 346 F. Supp. 2d 538 (S.D.N.Y. 29/11/2004).

73 Para sentencias relevantes, en las cuales un tribunal suizo declaró que no podía continuar el proceso debido a las normas sobre prescripción, véase: *GIRCA v. IBM*, no. 4C.296/2004 /ech, 22 de diciembre de 2004, y *GIRCA v. IBM*, no. 4C.113/2006, disponible en francés en <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>.

74 Esta práctica se denomina a menudo como “entrega extraordinaria” e implica el traslado, por funcionarios estadounidenses, sin seguir los procedimientos legales normales, de ciudadanos no estadounidenses a localizaciones secretas fuera de los Estados Unidos, donde son detenidos e interrogados, a menudo en secreto, y se les tortura regularmente. Para una mayor información, véase: primer y segundo informe del Sr. Marty a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (AS/Jur (2006) 16 Part II (7 de junio de 2006): http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2006/20060606_Ejdoc162006PartII-FINAL.pdf and AS/Jur (2007) 36 (7 de junio de 2007): http://assembly.coe.int/committeeDocs/2007/Emarty_20070608_noEmbargo.pdf).

75 *Mohamed Binyam v. Jeppesen Dataplan, Inc.* http://www.aclu.org/pdfs/safefree/mohamed_v_jeppesen_1stamendedcomplaint.pdf.

de los Estados Unidos, al haber suministrado servicios logísticos y de transporte a funcionarios estadounidenses, que se usaron presuntamente para transferir los prisioneros a localizaciones secretas, fuera de la protección del derecho, donde se les sometió a torturas y se causó la desaparición forzada de prisioneros. La demanda alegaba que la sociedad mercantil organizó planes de vuelo y trámites aduaneros; garantizó los permisos de aterrizaje y despegue necesarios; organizó la alimentación, el alojamiento y el transporte terrestre; contrató servicios de seguridad y la recarga de combustible y el mantenimiento de las aeronaves. En la demanda se acusaba a la sociedad mercantil de proporcionar al gobierno estadounidense servicios que sabía o debería haber sabido que permitirían a ese gobierno someter con éxito a esos hombres a traslados y detenciones secretas, en lugares donde serían torturados.

Cuando se presentó la demanda, el gobierno estadounidense presentó una petición para intervenir en el caso y solicitó su archivo por referirse a asuntos cubiertos por la inmunidad como secretos de Estado.⁷⁶ En 2008, el tribunal estadounidense rechazó la demanda por afectar a secretos de Estado.⁷⁷

Como resultado de la petición del gobierno estadounidense de que se desestimase el caso y de la decisión posterior del tribunal, la sociedad mercantil no tuvo que responder a la demanda, pero observó que se reservaba el derecho a presentar defensas de hecho y jurídicas.⁷⁸ Con posterioridad los demandantes han apelado la decisión del tribunal, alegando que el tribunal aplicó de manera errónea la inmunidad por secretos de Estado y que el tribunal estadounidense debería conocer el caso.⁷⁹

Conocimiento

Cuando una sociedad mercantil le proporciona a otro sujeto bienes y servicios que ese sujeto utiliza para llevar a cabo violaciones manifiestas de los derechos humanos, la primera pregunta que se hará el derecho de daños será si la sociedad mercantil sabía o debería haber sabido cómo se usarían los productos o servicios.

76 *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, “Reply in Support of Motion to Dismiss, or, in the Alternative, for Summary Judgment by the United States of America”, 18 de enero de 2008.

77 *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, 539 F. Supp. 2d 1128, N.D.Cal., 2008., 13 de febrero de 2008 http://www.aclunc.org/cases/active_cases/asset_upload_file957_7038.pdf.

78 *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, Defendant Jeppesen Dataplan, Inc.’s Statement of Non-Opposition a (1) la “Motion to Intervene” y (2) la “Motion to Dismiss, or, in the Alternative, for Summary Judgment” del gobierno de los Estados Unidos.

79 http://www.aclunc.org/cases/active_cases/mohamed_v._jeppesen_dataplan,_inc.shtml

Al decidir si la sociedad mercantil debería haber sabido lo que iba a ocurrir, gran parte de la decisión dependerá de la naturaleza del producto o del servicio suministrado y también de la naturaleza de la sociedad mercantil, la organización o el órgano público que utiliza el producto o servicio. En general, cuanto más adecuado sea el uso de un producto o servicio para infringir los derechos humanos, más desconfiado tendrá que ser el suministrador. A este respecto, se trazan a menudo distinciones entre: bienes o servicios genéricos, que se pueden usar de diversas maneras y que el adquirente emplea mal en una cierta forma; bienes y servicios producidos bajo pedido para un actor concreto con una finalidad concreta en mente; y bienes y servicios inherentemente peligrosos.

Como punto de partida, lo más probable es que el derecho no considere que una sociedad mercantil que suministra o provee productos o servicios genéricos debiera haber previsto que debido al uso indebido de estos productos habría terceros que serían víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Sin embargo, puede ser diferente si hubo circunstancias especiales o cuando la sociedad mercantil conocía de hecho el riesgo de causar ese daño, o lo podía haber conocido. Los hechos serán determinantes a este respecto, en especial con respecto a cuál era la relación de la sociedad mercantil con la víctima o con el autor principal, y también será relevante el contexto en el que tuvo lugar el suministro o la prestación de los bienes y servicios. Por ejemplo, a veces las sociedades mercantiles se enfrentan a acusaciones de complicidad porque le han suministrado bienes de la sociedad a una variedad de sujetos sin cobrarles nada y esos sujetos los han usado a continuación para cometer violaciones manifiestas de los derechos humanos. En la mayoría de esos casos, los sujetos involucrados han sido fuerzas militares o grupos armados. El Panel considera que en esas situaciones, si se tiene en cuenta que puede haber una relación entre la sociedad mercantil y el otro sujeto, como ocurre cuando se comparten equipos, puede ser conveniente que una empresa tome precauciones e intente conocer los fines para los cuales se podría usar el material suministrado.

El Panel ha determinado también que el derecho se inclinará con mayor frecuencia a considerar que el riesgo de causar daños ha sido razonablemente previsible en el caso de bienes y servicios de encargo, o bienes y servicios inherentemente peligrosos. Cuando esos productos y servicios se usan para infringir el derecho, hay un mayor riesgo de que se presuma que la sociedad mercantil conocía o debería haber conocido los fines para los cuales se usarían sus productos o servicios. Por ejemplo, en la demanda judicial contra la empresa de aviación ya referida se acusaba a la sociedad mercantil de conocer las necesidades específicas de los organismos administrativos de Estados Unidos con respecto al transporte en avión y en secreto de sospechosos de terrorismo, que se ponían a disposición de autoridades de otros países. En este contexto, se alegó que la sociedad mercantil conocía, o debería haber conocido, cuáles eran las circunstancias que rodeaban los vuelos porque

trabajaba de cerca con los organismos administrativos estadounidenses para crear un entorno en el cual las circunstancias de los vuelos se mantenían en secreto.

En la práctica, habrá muchas áreas grises entre los dos extremos: el de lo previsible y el de lo no previsible. El Panel opina que una sociedad mercantil que se quiera situar en una zona segura del derecho de daños necesita estar vigilante y alerta, y conseguir el conocimiento que le permita saber cuáles son las consecuencias potenciales para los terceros si una empresa suministra bienes o presta servicios a un sujeto particular.

Medidas preventivas

Si una sociedad mercantil sabía o tenía razones para creer que sus productos o servicios se podían emplear mal para perpetrar violaciones manifiestas de los derechos humanos, el derecho de daños exigirá que una empresa haga las investigaciones apropiadas en relación con los riesgos. Como resultado de esto, y con el fin de evitar incurrir en responsabilidad civil, una sociedad mercantil puede necesitar efectuar una valoración apropiada del riesgo, por ejemplo sobre el mal uso potencial o las consecuencias imprevistas de suministrar un producto o servicio.

Con respecto a la venta de bienes, la responsabilidad de la empresa de vigilar el riesgo no termina simplemente después de vender su producto. Cuando existe un riesgo previsible, para cumplir con el nivel de precaución que la ley considera que hubiera tomado una persona razonable, a veces las empresas manufactureras necesitarán vigilar sus productos y la seguridad de éstos desde el momento en que dejan sus instalaciones hasta que llega al cliente final y durante el tiempo en el cual se usa el producto. Aunque esas obligaciones están definidas con menos claridad con respecto a las empresas que proporcionan servicios, el Panel considera que el derecho de daños también consideraría que los proveedores de servicio deberían vigilar y controlar en el futuro los riesgos potenciales.

Cuando existe un riesgo previsible de causar daños, el derecho requerirá a menudo que se adopten acciones suplementarias por parte de la empresa. Cuáles serán esas acciones dependerá, ante todo, del tamaño del riesgo. Si el riesgo es sustancial o real, es concebible que el derecho considere que la sociedad mercantil debería evitar concluir el acuerdo (proporcionar los bienes o proveer los servicios a la parte involucrada en las violaciones manifiestas de los derechos humanos). Si el riesgo es pequeño, pero todavía es realista que ocurra, se pueden requerir medidas de menor impacto. Por ejemplo, el derecho puede considerar razonable exigir al fabricante que obtenga un compromiso claro del comprador sobre cómo usará el bien.

Causación

Se necesitará también que exista un vínculo causal entre el suministro de bienes y la prestación de servicios, y el daño sufrido a consecuencia de las violaciones manifiestas de los derechos humanos. A su vez esto plantea la cuestión de si el

suministro de bienes o la prestación de servicios constituyeron un elemento efectivo de la cadena de causación y, en caso de que se considere jurídicamente una causa, si se integró lo suficiente en la cadena de causación como para que fuera previsible que el daño sufrido ocurriera a consecuencia de ello. De nuevo, surgirán cuestiones acerca de las relaciones entre empresas, y también sobre la naturaleza del bien o servicio prestado. Por ejemplo, cuando una sociedad mercantil trabaja muy de cerca con otro sujeto y fábrica bienes o crea servicios para un fin específico que implica la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos, será más probable que la conducta de la sociedad mercantil se considere parte integral de la cadena de causación.

Observaciones generales

Cuando se trata del suministro de bienes o la prestación de servicios, el Panel ha determinado que un elemento particularmente importante será la relación de la sociedad mercantil con las víctimas de las violaciones manifiestas de los derechos humanos. En un país de derecho angloamericano eso se reflejaría en el esfuerzo por establecer si la sociedad mercantil tenía algún deber de cuidado en relación a las víctimas. Tanto en los países de derecho angloamericano como de derecho continental europeo, será relevante también la cuestión de la previsibilidad y también las consideraciones sobre política pública que surjan en el contexto de la causación. Ese problema se planteó en un caso británico donde fundamentalmente se acusaba a una empresa manufacturera de contribuir a los asesinatos de una activista por la paz y de varios civiles palestinos cometidos por las fuerzas de defensa israelíes, al haberles suministrado retroexcavadoras que se usaron para destruir viviendas en los territorios ocupados de Palestina, donde murieron cientos de personas a consecuencia de ello. En ese caso, el Tribunal de Distrito dijo: “Según los principios del deber y la causación, la pretensión de los demandantes carece de fundamento puesto que no hay nada ilegal en la venta legal de un producto no defectuoso a un cliente que después lo usa dolosamente para causar daños a un tercero”.⁸⁰ El Tribunal opinó que, en ausencia de una relación específica entre la víctima y la empresa, se podía sostener que no existía un deber de cuidado.⁸¹

Teniendo esto presente, el Panel cree que cuanto más cerca o más especial sea la relación de una sociedad mercantil con las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos, más probable será que se considere previsible el riesgo de causar daños, y para los fines de la causación, se considerará menos remoto el daño sufrido con respecto al acto original de la empresa que vendió un bien o prestó un servicio a un sujeto que luego lo usa para causar daños. Sin embargo, el Panel desearía destacar que, en el caso que acabamos de explicar, la opinión del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos de que el uso de las retroexcavadoras por

80 United States District Court, W.D. Washington: *Cynthia Corrie v. Caterpillar Inc.*, 403 F. Supp. 2d 1019, 22 de noviembre de 2005, p.13. http://ccrjustice.org/files/Corrie_decision_11_05_o.pdf.

81 *Ibid.*

el ejército para causar daños a los civiles era demasiado remoto con respecto a la venta se debería interpretar en el contexto de la decisión definitiva del Tribunal, en la que se declaraba que la demanda interfería con la política exterior de los Estados Unidos porque la venta de retroexcavadoras era parte de un programa formal de ventas de equipos militares.⁸² Esta decisión se ratificó por un tribunal de apelación:⁸³

*El factor decisivo aquí es que las ventas de Caterpillar a Israel se pagaron por los Estados Unidos. Aunque somos conscientes de que tenemos que analizar cada una de las “pretensiones individuales”...cada pretensión se basa inevitablemente en la premisa única de que Carterpillar no le debería haber vendido las retroexcavadoras a las fuerzas de defensa israelíes. Sin embargo, esas ventas se financiaron por la rama ejecutiva conforme a un programa del Congreso que le otorgaba discrecionalidad al ejecutivo en lo que respecta a los intereses estadounidenses de seguridad nacional y política extranjera...Darle curso a esta acción procesal implicaría necesariamente que la rama judicial de nuestro Estado cuestionase la decisión de la rama política de conceder una amplia ayuda militar a Israel.*⁸⁴

En opinión del Panel, esta última razón puede haber sido el elemento decisivo que hizo que el Tribunal de Distrito no considerara si era pertinente hacer una excepción con respecto al supuesto general de que las sociedades mercantiles no son responsables legalmente cuando suministran productos o servicios genéricos de uso diverso.

3.2 Relaciones derivadas de la cadena de suministro

En cualquier ámbito empresarial, una relación comercial importante para cualquier empresa es la que mantiene con sus proveedores de la cadena de suministro. Es también una relación que hace que las empresas tengan que enfrentar a menudo acusaciones de violaciones manifiestas de los derechos humanos. Por ejemplo, los fabricantes de ropa, las marcas de equipamiento deportivo o las empresas de computación han sido acusadas de ser cómplices con el trabajo infantil cuando se descubre que hay niños que participan en la fabricación de los productos adquiridos por esas empresas a sus suministradores. También se les ha acusado de complicidad con el trabajo forzado, cuando se considera que hay trabajadores adultos cuyo trabajo se efectúa en las condiciones de esclavitud creadas por sus suministradores. En algunos de esos casos, se han presentado demandas judiciales civiles. En el contexto de las cadenas de suministro, hay también acusaciones de complicidad en situaciones distintas a los casos de trabajo forzado o infantil. Por ejemplo, las

82 United States District Court, W.D. Washington: *Cynthia Corrie v. Caterpillar Inc.*, 403 F. Supp. 2d 1019, 22 de noviembre de 2005, p. 1.032.

83 United States Court of Appeals, Ninth Circuit: *Cynthia Corrie v. Caterpillar Inc.*, 503 F.3d 974, 17 de septiembre de 2007.

84 *Ibíd.*, p. 982.

empresas han sido acusadas de complicidad en el asesinato y la tortura de sindicalistas por grupos paramilitares presuntamente contratados por empresas de sus cadenas de suministro. Se presentan también frecuentemente acusaciones de complicidad contra los refinadores de metales preciosos y los joyeros, ya que se les acusa de contribuir a violaciones manifiestas de los derechos humanos por grupos armados al comprarles metales preciosos o diamantes a esos grupos, financiando con ello sus actividades.

Una vez más, el Panel ha determinado que, cuando se comete una violación manifiesta de los derechos humanos en la producción o provisión de bienes procedentes de una cadena de suministro, para comprender si una empresa que compra esos bienes podría incurrir en responsabilidad civil se tienen que estudiar las cuestiones relativas a la previsibilidad, las medidas preventivas y la causación.

Conocimiento

La cuestión del conocimiento se referirá a si la sociedad mercantil sabía o era razonablemente previsible que podían ocurrir violaciones manifiestas de los derechos humanos en el contexto de la cadena de suministro o producción. Por ejemplo, cuando un suministrador ha estado asociado en el pasado con violaciones manifiestas de los derechos humanos, una sociedad mercantil conocerá a menudo los riesgos de que se cometan violaciones, o le hubiera resultado muy fácil conocerlos. Incluso cuando no se tiene ese conocimiento, el derecho de daños considerará a menudo que una persona razonable hubiera llevado a cabo un análisis de los riesgos potenciales de que se cometieran violaciones manifiestas de los derechos humanos relacionadas con su cadena de suministro. En el caso del trabajo infantil, por ejemplo, incluso si no hay un conocimiento específico con respecto a las prácticas de un suministrador particular, a menudo se considerará que el riesgo de que un suministrador pueda estar usando trabajo infantil se podía prever razonablemente cuando era de conocimiento público la existencia de trabajo infantil en el país donde el suministrador tiene sus actividades.

Medidas preventivas

El derecho de daños estudiará varios elementos para valorar si la sociedad mercantil tomó las medidas preventivas requeridas con el fin de evitar que su conducta contribuyese a las violaciones en el curso de adquirir productos de su suministrador. Una medida preventiva directa sería que la empresa evitara hacer negocios con el suministrador. Sin embargo, si esto no es posible o razonablemente factible el derecho puede considerar que la sociedad mercantil tiene ciertas obligaciones con aquellos que sufren daños y se le puede requerir que tome medidas activas para garantizar su protección. Esto se aplicará particularmente en situaciones en las cuales aquellos que sufren daños son empleados del suministrador o cuando la sociedad mercantil era el único adquirente del suministrador en cuestión o sus órdenes constituían la parte más importante de la actividad empresarial del suministrador.

El Panel ha determinado que muchas veces la relación de una sociedad mercantil con sus suministradores no se podrá considerar una transacción neutral entre comprador y vendedor, sino que en la práctica habrá una relación mucho más cercana. Por ejemplo, a veces el suministrador es también una subsidiaria de la empresa compradora. En esos casos, se endurecerán los requisitos relativos a las medidas preventivas y los procesos de diligencia debida que tiene que cumplir una sociedad mercantil, y algo parecido también ocurrirá con la previsibilidad, que será más difícil de negar.

En general, cuanto más cerca esté el suministrador de la sociedad mercantil en la cadena de suministro (es decir, cuantos menos intermediarios haya entre el suministrador y la sociedad mercantil), más cerca se considerará que están las víctimas de la sociedad mercantil adquirente y más probable será que el derecho la obligue a tomar acciones positivas para proteger a esas víctimas que están en peligro y pueden sufrir daños. Sin embargo, incluso cuando un suministrador se encuentra alejado de la empresa adquirente por varios eslabones de la cadena de suministro, el nivel de las medidas preventivas requeridas aumentará en función de la importancia que tenga ese suministrador entre otros en el producto final adquirido por la sociedad mercantil y de la gravedad de las violaciones de los derechos humanos.

Causación

Estos factores tendrán también relevancia cuando el tribunal decida si la conducta de la empresa está lo suficientemente integrada en la comisión de las violaciones como para que se cumplan los requisitos de la causación. Por ejemplo, cuando se producen bienes mediante el trabajo forzado y la empresa adquirente es la única que compra productos de ese suministrador concreto, un tribunal puede decidir que el comprador de esos bienes fue una de las causas del daño sufrido por los trabajadores. La razón sería que en una situación como esa la empresa adquirente puede haber dictado las condiciones de la venta al ser el único comprador, y entre esas condiciones estaría el precio y el ritmo de producción. Sin embargo, si la sociedad mercantil es una de entre varias compradoras, y sus compras representan sólo una pequeña cantidad del ingreso total del suministrador, el vínculo causal entre la compra y el uso de trabajo forzado se puede considerar más débil.

Observaciones generales

El Panel ha determinado que, teniendo en cuenta la relación cercana que existirá a menudo entre una sociedad mercantil y sus suministradores, y debido a que muchas veces se considerará que una sociedad mercantil tiene una obligación especial de cuidado con respecto a los empleados de sus contratistas y suministradores, una empresa prudente tomará varias medidas para investigar los riesgos y evitarlos con el fin de permanecer en el lado correcto de la ley. En concreto, el Panel cree que la guía para una sociedad mercantil serán criterios como, por ejemplo, si el comprador adoptó o no mecanismos de vigilancia apropiados y efectivos con respecto a las prácticas de sus suministradores, o si la empresa compradora negoció

equitativamente los precios de compra y los plazos de las entregas, ya que esa clase de criterios serán los que el derecho considerará a la hora de decidir si debe existir responsabilidad.

3.3 Asociaciones empresariales cercanas

Las sociedades mercantiles son acusadas a veces de ser responsables de las violaciones manifiestas de los derechos humanos que se cometen por otro sujeto con el cual han establecido asociaciones empresariales mediante acuerdos, como el de asociación de riesgo compartido. En el contexto de esos acuerdos hay normalmente una colaboración y una coordinación más estrechas entre los socios. En esencia, parece que tanto el hecho de que existan esas relaciones como la cercanía presunta son las que dan lugar a las acusaciones de complicidad cuando una de ellas comete una violación de derechos humanos.

Por ejemplo, las víctimas del trabajo forzado y de la violencia a manos del gobierno de Myanmar presentaron una demanda civil contra Unocal, que tenía un acuerdo de riesgo compartido con el gobierno de Myanmar para la construcción y administración de un oleoducto. Según las víctimas, ese era el contexto en el que habían tenido lugar los daños.⁸⁵ También una asociación empresarial de Talismán con el gobierno de Sudán fue uno de los fundamentos legales para pedir la responsabilidad de la empresa por presuntas violaciones manifiestas de los derechos humanos, cometidas por el ejército sudanés en un área de concesiones petrolíferas en la cual operaba esa empresa.⁸⁶

Dependiendo de los hechos, pueden surgir dos clases de responsabilidad para las sociedades mercantiles de una asociación empresarial en cuyo contexto el socio comercial comete violaciones manifiestas de los derechos humanos.

3.3.1 Responsabilidad por culpa en sentido amplio

En primer lugar, y dependiendo de los hechos, el derecho de daños podría encontrar que la sociedad mercantil tiene responsabilidad por culpa a consecuencia de su conducta intencional o negligente. De nuevo, esto implica hacerse las siguientes preguntas: ¿sabía la sociedad mercantil que su conducta ponía en riesgo a las víctimas, es decir, que podían sufrir daños, o lo hubiera sabido una sociedad mercantil responsable en las mismas circunstancias? A la luz de ese riesgo ¿la

85 *Doe v. Unocal Corporation*, para una sentencia relevante, véase: United States Court of Appeals for the 9th Circuit, *Doe I, et al. v. Unocal Co., et al.*, 395 F.3d 932, C.A.9 (Cal.) 2002, 18 de septiembre de 2002: <http://www.earthrights.org/files/Legal%20Docs/Unocal/0056603.pdf> (esta sentencia ha quedado sin efectos desde entonces ya que las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial; véase: <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/UnocallawsuitreBurma>).

86 *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*. Para una recopilación de los documentos relevantes, entre los cuales está la denuncia del demandante, véase: <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TalismanlawsuitreSudan>.

sociedad mercantil adoptó las medidas preventivas que se deberían haber adoptado para impedir que el riesgo se hiciese realidad? Por último, ¿la conducta de la sociedad mercantil contribuyó a infligir el daño?

Conocimiento del riesgo

El Panel considera que en el contexto de una asociación empresarial, como puede ser una asociación de riesgo compartido, será difícil para una sociedad mercantil demostrar que otra empresa responsable en su misma posición no hubiera previsto el riesgo de que ocurriera ese daño a consecuencia de la conducta de su socio. Por ejemplo, es más probable que el derecho considere que una sociedad mercantil responsable, parte de una asociación empresarial, hubiera valorado los riesgos del impacto potencial sobre terceros de esa asociación. Si se hacen evalúan los riesgos correctamente, se hará un análisis de cómo pueden afectar a terceros la conducta del socio empresarial en cumplimiento de las obligaciones establecidas por el acuerdo de asociación. De hecho, en casos donde el socio en la asociación de riesgo compartido tiene una historia de violaciones manifiestas de los derechos humanos o en situaciones en las que ese socio es parte de un conflicto armado, el derecho puede considerar que la empresa tenía conocimiento del riesgo y entrará a considerar qué medidas preventivas se deberían haber adoptado.

Al considerar la demanda civil contra Unocal, un tribunal estadounidense estudió las cuestiones del conocimiento y la previsibilidad.⁸⁷ En lo que hoy es una sentencia sin efectos, el Tribunal observó que había pruebas de que los propios consultores de la sociedad mercantil habían informado de las prácticas del gobierno de Myanmar en general, y específicamente de lo que pasaba con la construcción del oleoducto. Se observó que la sociedad mercantil también recibió informes de organizaciones de la sociedad civil, como Amnistía Internacional, donde se contaba cómo el ejército estaba usando trabajo forzado y cometiendo violaciones manifiestas de los derechos humanos contra los trabajadores del oleoducto. A partir de esas pruebas, el tribunal declaró que “el material probatorio indica[ba] que Unocal sabía que se utilizaba trabajo forzado y que las asociaciones de riesgo compartido se beneficiaban de esa práctica”.⁸⁸ El Tribunal pasó a determinar que había pruebas que indicaban que Unocal “sabía o debía haber sabido que su conducta, incluidos los pagos y las instrucciones que se les hicieron a los servicios de seguridad y la construcción de infraestructuras, ayudaría o incitaría a que el ejército de Myanmar obligara a los demandantes a efectuar trabajo forzado”.⁸⁹

87 United States Court of Appeals for the 9th Circuit, *Doe I et al. v. Unocal Co., et al.*, 395 F.3d 932 C.A.9 (Cal.), 18 de septiembre de 2002. Esta sentencia ha quedado sin efectos desde entonces ya que las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial.

88 *Ibíd.*, p. 947.

89 *Doe I, et al. v. Unocal Co., et al.*, 395 F.3d 932, p. 953.

Medidas preventivas

Si el derecho considera que el riesgo de causar daños era razonablemente previsible, entonces en el marco de una asociación empresarial o de riesgo compartido la ley le puede exigir a la sociedad mercantil que tome medidas preventivas sustanciales, por ejemplo negociando ciertas condiciones que asegurarán la protección de los derechos humanos para terceros afectados por las actividades conjuntas. Esto será particularmente cierto cuando los riesgos relacionados con la ejecución de la conducta puedan terminar causando graves daños a los seres humanos. El nivel de medidas preventivas que se requerirán puede estar también determinado por la identidad de las víctimas potenciales y la relación de la sociedad mercantil con esas víctimas. Si las víctimas son empleados del socio de la asociación de riesgo compartido, que se han contratado en el marco de esa asociación, entonces la sociedad mercantil puede necesitar adoptar medidas preventivas especialmente rigurosas. Puede ser también necesario un elevado nivel de diligencia si, por ejemplo, las víctimas potenciales son civiles que viven cerca del proyecto de asociación de riesgo compartido.

Causación

Por último, los tribunales considerarán si la conducta de la sociedad mercantil contribuyó a infligir el daño. El derecho puede considerar que los términos mismos del acuerdo de asociación permiten establecer la existencia de causación cuando se obliga a que el socio comercial lleve a cabo ciertos actos concretos. Por ejemplo, puede ser que un acuerdo de asociación asigne un papel particular al socio comercial y, por lo tanto, dependiendo de las circunstancias, el derecho puede considerar que si la asociación no se hubiera constituido, el daño no se hubiera infligido en las mismas circunstancias o a las mismas víctimas.

3.3.2 Responsabilidad objetiva

En muchos casos, puede no ser necesario establecer que la sociedad mercantil actuó de manera culpable o dolosa (es decir, que tiene culpa en sentido amplio), porque en todas las jurisdicciones se pueden considerar responsables legales a las sociedades mercantiles por las acciones de aquellos con los cuales han concluido una asociación. Esto constituye una forma de responsabilidad objetiva, lo cual quiere decir que todos los socios comerciales pueden ser considerados responsables sin necesidad de que tengan culpa del daño causado por uno de los socios en el marco de la asociación.

Esta clase de responsabilidad podría surgir cuando los socios quieren formar una asociación, tienen un interés común y control conjunto del proyecto, y los beneficios y las pérdidas se comparten entre ellos. Es evidente que para que surja esta clase de responsabilidad la conducta relevante del socio comercial necesita estar suficientemente relacionada con las actividades de la asociación empresarial o de riesgo compartido.

3.4 Prestadores de servicios de seguridad

En una variedad de situaciones diferentes y por varias razones, las sociedades mercantiles contratan empresas privadas de seguridad. Según el contexto en el cual estén operando, una empresa puede tener una responsabilidad legítima con respecto a la seguridad de los empleados, o puede querer proteger su propiedad de la destrucción. Los contratistas de seguridad pueden ser contratistas de seguridad privados o fuerzas armadas del Estado (militares o policía) e incluso en ciertos casos grupos armados que tienen un control operativo de facto en áreas o territorios concretos. Frecuentemente los servicios de seguridad se prestan a cambio de honorarios, aunque a veces no cambia dinero de manos, en especial cuando los prestadores de la seguridad son fuerzas del Estado o prestan protección porque tienen un interés directo en proteger la inversión de la empresa. En todas estas situaciones, las empresas han sido acusadas de complicidad cuando los prestadores de seguridad cometen violaciones manifiestas de los derechos humanos durante la prestación de servicios de seguridad a la sociedad mercantil.

En esas situaciones a veces una sociedad mercantil será en la práctica parte de una asociación empresarial o una asociación de riesgo compartido con el sujeto que presta los servicios de seguridad. Cuando existe una relación empresarial de esa clase, se aplica el análisis de la Sección 3.3. Sin embargo, incluso si no hay una relación empresarial formal, se puede considerar responsable a una sociedad mercantil a consecuencia de las violaciones manifiestas de los derechos humanos cometidas por aquellos que le prestan seguridad. De nuevo, para concluir si se debe imponer responsabilidad a la empresa habrá que hacerse las mismas preguntas: ¿sabía la sociedad mercantil que su conducta plantea el riesgo de causar daños para la víctima, o lo hubiera sabido una sociedad mercantil responsable en las mismas circunstancias? A la luz de ese riesgo ¿la sociedad mercantil adoptó las medidas preventivas apropiadas para impedir que el riesgo se hiciese realidad? Por último, ¿la conducta de la sociedad mercantil contribuyó a infligir el daño?

Recuadro 8: Seguridad, paramilitares y sindicalistas: Drummond en Colombia

En Colombia, en dos ocasiones distintas, tres sindicalistas que trabajaban para la Drummond Ltd., una subsidiaria de la empresa de extracción de carbón Drummond, fueron presuntamente bajados de autobuses de la empresa y asesinados por miembros de grupos locales paramilitares. En el momento de su muerte, las víctimas parecían ser que estaban en negociaciones con la Drummond Ltd. y exigían, entre otras cosas, que la empresa proporcionase una mejor seguridad a los trabajadores amenazados y una

indemnización para las víctimas lesionadas durante un accidente que había ocurrido en la mina.

Después de los asesinatos se inició un pleito civil contra la Drummond y su subsidiaria en los Estados Unidos, donde se denunciaba la responsabilidad de esas sociedades mercantiles en relación con lo ocurrido, ya que según los demandantes los asesinatos ocurrieron como parte de un acuerdo entre las sociedades mercantiles y los paramilitares, por el que las empresas proporcionaban apoyo material a los grupos paramilitares.⁹⁰

La sociedad mercantil negó todas las acusaciones, y declaró que ni ella ni sus directivos habían participado en las muertes de los sindicalistas, y observó que no hizo ningún pago ni efectuó ninguna transacción con los grupos ilegales.⁹¹

Durante el proceso judicial, el jurado absolvió a la sociedad mercantil, y declaró que no tenía culpa. La sociedad mercantil celebró esa decisión.⁹² Los demandantes han apelado la decisión y alegan, entre otras cosas, que el Tribunal de Distrito —equivocadamente— no les permitió presentar testimonios de testigos que habrían demostrado que los paramilitares asesinaron a esos hombres como parte de un acuerdo con directivos de la sociedad mercantil, donde se acordaba que recibirían un pago por hacerlo.⁹³

3.4.1 La contratación de prestadores de servicios de seguridad mediante un acuerdo formal

En casos en los cuales una sociedad mercantil emplea contratistas de seguridad, o celebra un acuerdo formal con un prestador de servicios de seguridad (con independencia de si es gratuito o hay que pagar por él), el Panel ha determinado que es fundamental en relación con las acusaciones de complicidad la actuación de la sociedad mercantil que contrata los servicios en cuestión. Con frecuencia se alega que es la empresa la que, al ordenar a los prestadores de seguridad que le presten servicios de seguridad en un entorno en el que hay violaciones manifiestas de los derechos humanos, crea las circunstancias en las que se cometen las violaciones.

90 *Romero et al. v. Drummond et al.*; para los documentos relevantes, entre los cuales estarían las denuncias de los demandantes, véase <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/DrummondlawsuiteColombia>.

91 Comunicado de prensa de Drummond, 21 de marzo de 2007: http://www.drummondco.com/news/pdf/news_03212007.pdf.

92 Comunicado de prensa de Drummond, 26 de julio de 2007, http://www.drummondco.com/news/pdf/news_07262007.pdf.

93 http://www.iradvocates.org/Drummond_Pls%20Opening%20Brief.pdf.

Conocimiento del riesgo

A la luz de ello, el Panel cree que cuando se intente establecer si la empresa conocía o debería haber conocido el riesgo, el derecho de daños esperará que una sociedad mercantil prudente lleve a cabo algunas averiguaciones con el propósito de comprender cuáles son los riesgos cuando contratan prestadores concretos de servicios de seguridad y qué riesgos inherentes hay para los terceros.

El Panel considera que se requerirá siempre una evaluación de los riesgos cuando, considerando las circunstancias, sea inherente a la prestación de servicios de seguridad contactos físicos directos entre los prestadores del servicio y otras personas. Incluso cuando los acuerdos de prestación de servicios no implican inherentemente interacciones con individuos o comunidades, o el uso de la fuerza (y con ello el derecho puede considerar que el riesgo o el daño era menos previsible o menos probable), todavía se considerará necesario hacer una evaluación de los riesgos. Una evaluación de los riesgos debería considerar explícitamente el riesgo de que los prestadores de servicios de seguridad cometan violaciones manifiestas de derechos humanos. El riesgo se suele considerar alto cuando la situación es inestable o se están cometiendo regularmente violaciones manifiestas de los derechos humanos, o cuando el sujeto contratado tiene antecedentes por violaciones de los derechos humanos.

Medidas preventivas

Puesto que el riesgo de causar daños será siempre previsible en contratos de prestación de servicios de seguridad y será sustancial a veces, se le puede exigir que adopte medidas preventivas estrictas a una sociedad mercantil contratante de servicios de seguridad. La medida preventiva más evidente puede ser simplemente que la sociedad mercantil se abstenga de usar los servicios del prestador correspondiente. Sin embargo, a veces puede que no sea factible hacerlo, y en esos casos el derecho puede evaluar si la empresa intentó conseguir que los contratistas de seguridad se comprometieran a no cometer violaciones manifiestas de los derechos humanos, o estableció obligaciones estrictas de supervisión, información y mando.

El Panel ha observado que en muchos casos en los cuales una sociedad mercantil ha sido presuntamente cómplice de violaciones manifiestas de los derechos humanos, cometidas por los prestadores de servicios de seguridad, no sólo no se tomaron esa clase de medidas preventivas, sino que de hecho se acusó también a la sociedad mercantil de haber ignorado el riesgo o de haber tenido en la práctica un papel activo en las violaciones.

Causación

Las consideraciones anteriores serán también relevantes con respecto a las cuestiones relativas al cumplimiento de los requisitos de causación. Los factores que establecen la causación pueden incluir la conducta decidida de la sociedad mercantil

para ordenarle al sujeto correspondiente que le proporcione seguridad, o su falta de interés en detener al sujeto correspondiente para que no cause daños a las víctimas. A veces puede ser que una sociedad mercantil lleve a cabo acciones adicionales que contribuyen aún más a la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos. Por ejemplo, a veces las acusaciones de complicidad no sólo afirman que los prestadores de servicios de seguridad han cometido supuestamente violaciones manifiestas de los derechos humanos, sino que la sociedad contratante proporcionó también armas y ayuda logística a los prestadores de seguridad o tuvo una intervención activa en los abusos.

Como en las situaciones anteriores, la relación de la sociedad mercantil con las víctimas será de relevancia para la valoración que haga el derecho de qué era previsible, qué medidas preventivas se debieron tomar y si se cumplen los elementos de la causación. Por ejemplo, si las víctimas viven cerca del lugar de actividad de la sociedad mercantil o son miembros conocidos de la comunidad que protestan contra las actividades de la sociedad mercantil en esa zona, el derecho puede requerir que la empresa considere la seguridad de estas personas cuando evalúe los riesgos de su actividad. Esa obligación será todavía mayor si las víctimas son empleados de la sociedad mercantil.

3.4.2 Prestadores de seguridad fuera de un acuerdo formal

Incluso si no hay un acuerdo formal o pagos entre la sociedad mercantil y los prestadores de seguridad (sean servicios privados, fuerzas del ejército del gobierno o miembros de un grupo armado), si se puede demostrar que esos proveedores proporcionan en la práctica protección a la sociedad mercantil y que en ese contexto ocurren violaciones manifiestas de los derechos humanos, podría surgir potencialmente responsabilidad para la sociedad mercantil. Entre los elementos importantes en la decisión de cualquier tribunal se incluirán: si se les permitió el acceso a las fuerzas de seguridad al lugar de actividades de la sociedad mercantil; si estuvieron presentes regularmente en las instalaciones de la sociedad mercantil o cerca de ellas, y si la sociedad mercantil les proporcionó armas, materiales u otro apoyo logístico. Otra cuestión importante será si existe alguna continuidad en la prestación de los servicios de seguridad. Se puede considerar que una combinación de algunos o todos estos elementos constituirá un acuerdo de facto de prestación de servicios de seguridad entre la sociedad mercantil y los prestadores de servicios de seguridad. En esa situación, el derecho de daños le requerirá tomar ciertas medidas preventivas a la sociedad mercantil si ésta conocía o debería haber conocido el riesgo de que se cometieran violaciones manifiestas de los derechos humanos por los servicios de seguridad, en el contexto de la prestación de servicios de seguridad.

Recuadro 9: Más allá de la complicidad: las violaciones de los derechos humanos consecuencia de los daños medioambientales

El daño resultante de las actividades peligrosas: responsabilidad objetiva

En todas las jurisdicciones, una sociedad mercantil se puede considerar legalmente responsable cuando lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa que causa daños, con independencia de si tuvo o no culpa o de las medidas que adoptó para prevenir el daño. Una vez más, se está ante una forma de “responsabilidad objetiva” (o “responsabilidad absoluta”) y tanto el derecho de la responsabilidad extracontractual angloamericano como el continental europeo contemplan alguna forma de responsabilidad objetiva.⁹⁴ Un número siempre creciente de normas o leyes básicas que contemplan esta clase de responsabilidad se complementan progresivamente con legislación específica que reconoce nuevas situaciones a las que se les aplica esta clase de responsabilidad, en especial para los casos de responsabilidad por productos defectuosos y daño medioambiental.

Cuando en 1985 hubo una fuga de gas óleum en una fábrica en la India, que causó daños a la salud de los individuos que vivían cerca de allí, aquellos que se habían enfermado presentaron una reclamación civil contra la sociedad mercantil responsable ante los tribunales indios. En el curso del proceso judicial el Tribunal Supremo indio desarrolló una teoría de la responsabilidad absoluta.

“Una empresa dedicada a una industria de riesgo o inherentemente peligrosa...le debe un deber absoluto e indelegable a la comunidad: garantizar que no se derivarán resultados dañinos...de la actividad que desempeña...Esa actividad insegura o inherentemente peligrosa para un beneficio privado solo se puede tolerar con la condición de que la empresa...indemnice a aquellos que sufren por cuenta del desarrollo de esas actividades inseguras o inherentemente peligrosas con independencia de si se llevan a cabo con precaución o no...La empresa es

94 En algunas jurisdicciones, las dos frases significan la misma cosa. En otras, “responsabilidad absoluta” impone un estándar superior ya que no admite ninguna defensa salvo caso fortuito o sabotaje; véase, por ejemplo, *M.C. Mehta v. Union of India*, WP 12739/1985 (1986.12.20) (Oleum Gas Leak Case); véase también, *US Restatement (Second) of the Law of Torts*, § 519. Para una síntesis del derecho comparado europeo sobre cuando surge esa responsabilidad estricta, véase: artículo 5.101, Principles of European Tort Law, www egtl.com. En los países de derecho angloamericano, además de la legislación que contempla la responsabilidad objetiva, hay una acción procesal en el derecho de daños que permite reclamar la responsabilidad objetiva cuando una empresa usa sustancias en sus terrenos que, en caso de escapar o tener efectos fuera del lugar de las actividades, causan un grave daño, véase *Rylands v. Fletcher* 1865 3 H&C 774; 159 ER 737.

responsable absoluta y objetivamente, y debe compensar a todos aquellos afectados por el accidente; esa responsabilidad no está sometida a ninguna de las excepciones que se aplican en relación con el principio de responsabilidad objetiva en el derecho de daños”.⁹⁵

95 *M.C. Mehta v. Union of India*, WP 12739/1985 (1986.12.20) (caso *Oleum Gas Leak*).

4 Proceso legal y normas de derecho societario

El derecho de daños existía desde antes de que la comunidad internacional concibiese los derechos humanos e introdujera normas jurídicas para limitar el ejercicio del poder con el fin de protegerlos. Sin embargo, a medida que las víctimas han presionado cada vez más para que los que colaboran con violaciones de los derechos humanos sean declarados responsables de sus actos, y según crece la intolerancia absoluta hacia la impunidad, el derecho civil ha buscado remedios ante esas violaciones y los está incorporando. Muchas de las razones para ello se exploran brevemente en la sección 1.

En todos los lugares se ha visto cómo se expande la aplicación del derecho de daños a los casos de derechos humanos (y en particular a los casos contra las empresas), y esto exige que se reconozcan y atiendan las cuestiones y las dificultades que las víctimas tienen que superar para conseguir que se les compensen los daños sufridos. En ciertas ocasiones, el Panel ha observado que estos obstáculos pueden surgir porque el derecho y los encargados de las políticas públicas, los litigantes, los abogados de empresa y los jueces se están todavía adaptando a ese nuevo papel que se le asigna al derecho de daños con respecto a la protección de los derechos humanos.

Al igual que en derecho penal pueden surgir varios problemas. En primer lugar, el desequilibrio de medios entre una empresa grande y a menudo poderosa, y la víctima de una violación de los derechos humanos no es irrelevante. Puede no estar disponible asistencia legal gratuita, a pesar del hecho de que el caso implique cuestiones de derechos humanos. Sin ayuda las víctimas tienen que hacer frente a unos costos legales elevados para ellas, mientras que la empresa puede pagar los suyos sin mayor problema. Esas circunstancias pueden hacer que no se presenten demandas civiles, en especial en jurisdicciones en las que la parte que pierde el pleito paga los costos de ambas partes y en las que los abogados no pueden cobrar sus honorarios en función de las indemnizaciones obtenidas en el proceso (*cuota litis*). En segundo lugar, aunque las grandes sumas de las indemnizaciones concedidas por tribunales y jurados en los Estados Unidos reciben una gran atención del público, eso no es lo que ocurre en la mayoría de las jurisdicciones, bien porque los montos de las indemnizaciones que puede conceder un tribunal están limitados por ley, bien porque los jurados no intervienen en casos civiles, bien porque no existe la posibilidad de obtener daños punitivos (grandes indemnizaciones por daños concedidas para castigar al sujeto responsable). Esto quiere decir que aunque una decisión del tribunal satisfaga las demandas de justicia de las víctimas y contribuya hasta cierto punto a cubrir los costos reales del daño sufrido, a menos que la decisión reciba publicidad, se ve disminuido el efecto preventivo general que muchas víctimas desean y que sólo se consigue efectivamente mediante esa publicidad. La prevención general intenta garantizar que la empresa infractora cambia su comportamiento futuro y que otras empresas evitarán también conductas parecidas.

Hay otras dificultades de naturaleza mas substantiva, entre las que conviene destacar cuatro. En primer lugar, las normas sobre prescripción pueden impedir presentar una demanda civil si los acontecimientos ocurren un cierto número de años antes de que se denuncien. En segundo lugar, la manera en que el derecho de sociedades trata a cada organización empresarial como una persona jurídica separada, incluso dentro de una misma “familia empresarial”, puede implicar que surjan dificultades cuando se quiere hacer responsable a una empresa, aun en casos en los cuales se presume su conocimiento de los hechos y consta el apoyo a la conducta de su subsidiaria. En tercer lugar, a veces la necesidad de establecer y persuadir a un tribunal para que ejerza su jurisdicción puede ser una carga importante difícil de superar. En cuarto lugar, puede ser complicado, confuso y largo entender y ponerse de acuerdo sobre las normas jurídicas estatales que se deben aplicar a un caso, y lo mismo puede ocurrir con respecto a su interpretación. En esta sección el Panel explora el impacto de estas cuatro cuestiones.

4.1 Las normas sobre prescripción: evitar que el transcurso del tiempo impida que se haga justicia

Aunque los plazos de la prescripción pueden variar, en función del daño infligido o de la jurisdicción concreta (y en muchos sistemas legales el plazo no empezará a contar si una sociedad mercantil ha tomado medidas para ocultar su conducta, localización o identidad), en muchas jurisdicciones no se podrá presentar una demanda civil si no se hace dentro de un plazo determinado desde el momento en que ocurrió el daño. Por ejemplo, un tribunal suizo declaró que una reclamación civil contra IBM en la que se la acusaba de ser responsable de daños causados por el régimen nazi durante el Holocausto no se podía admitir porque existía una norma sobre prescripción que lo impedía.⁹⁶

El Panel considera que frecuentemente la razón por la cual las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos no presentan demandas se deberá a los plazos, por lo general cortos, establecidos por las normas sobre prescripción. Por ejemplo, el plazo será excesivamente corto cuando las autoridades públicas con el poder en esa jurisdicción están involucradas en esas violaciones, si hay grupos armados involucrados que amenazan a los denunciantes o si el sistema legal no estaba funcionando efectivamente por otras razones. Esas circunstancias pueden hacer que no sea factible o seguro para las víctimas presentar demandas civiles en ciertos momentos. También ocurrirá a menudo que la naturaleza de los abusos sea tal que las víctimas estén demasiado traumatizadas a corto plazo como para iniciar un proceso judicial.

96 *GIRCA v. IBM*, n. 4C.296/2004/ech, 22 de diciembre de 2004, y *GIRCA v. IBM*, n. 4C.113/2006, disponible en francés: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>.

Como se estudió en el volumen 2, el derecho internacional establece que no se pueden aplicar las normas sobre prescripción en juicios penales nacionales o internacionales cuando el ilícito es un crimen de guerra o contra la humanidad, genocidio o apartheid.⁹⁷ Esto se debe a que esos actos se consideran tan graves que es esencial enjuiciarlos sin que importe cuantos años han pasado entre su comisión y el inicio de los procedimientos judiciales. Por la misma razón hay una tendencia creciente hacia la prohibición de normas jurídicas sobre prescripción en lo referente a las acusaciones penales relacionadas con violaciones manifiestas de los derechos humanos, como la tortura o las desapariciones forzosas.⁹⁸

El Panel ha encontrado pruebas de que en la actualidad empieza a pensarse que se deberían hacer consideraciones parecidas con respecto a las demandas civiles por daños causados por violaciones manifiestas de los derechos humanos.⁹⁹ El Panel cree que esta tendencia es muy importante. De hecho, el Panel considera que en todos los procesos civiles los tribunales deberían tener al menos la facultad discrecional de ponderar los factores explicados anteriormente en sus decisiones sobre la prescripción de un delito cuando el núcleo de la demanda sean las violaciones manifiestas de derechos.¹⁰⁰

El Panel cree que estas consideraciones serán especialmente importantes cuando la demanda pide que se declare la responsabilidad civil de una organización empresarial. Como se observó en la sección 1, habrá muchas ocasiones en las cuales el derecho de daños será la única vía legal para que las víctimas puedan reclamar la responsabilidad legal de una organización empresarial por su participación en violaciones manifiestas de los derechos humanos. El Panel cree que hoy, cuando un tribunal carece de esa facultad en lo relativo a la aplicación de las normas sobre

97 Véase, por ejemplo: Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; artículo 29, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Convención Europea sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; para un breve análisis y más fuentes, véase también: volumen 2, sección 8. Para un análisis más completo y fuentes, véase: Comisión Internacional de Juristas, “The Right to a Remedy and to Reparation for Gross Human Rights Violations: A Practitioners’ Guide”, diciembre de 2006.

98 Véase, por ejemplo, sección IV, Estatuto de Limitaciones 6, en los Principios sobre Reparaciones de la ONU; véase también, por ejemplo, CIDH: caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre and others v. Peru)* 14 de marzo de 2001; para un análisis más completo y fuentes, véase: Comisión Internacional de Juristas, “The Right to a Remedy and to Reparation for Gross Human Rights Violations: A Practitioners’ Guide”, diciembre de 2006.

99 Véase, por ejemplo, el principio 23 del “Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad”; párr. 73, “Comentario General sobre el artículo 19 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GeneralCommentsCompilationofmayo6.pdf>; para un análisis más completo y fuentes, véase: Comisión Internacional de Juristas, “The Rights to a Remedy and to Reparation for Gross Human Rights Violations: A Practitioners’ Guide”, diciembre de 2006.

100 De hecho, en el contexto de las causas de acción cuya finalidad específica y expresa es remediar violaciones de derechos humanos mediante reclamaciones de derechos constitucionales o acciones reconocidas en la legislación de derechos humanos, los tribunales tienen a menudo discrecionalidad para evaluar si se aplican o no las normas sobre prescripción con respecto a cualquier violación de derechos humanos en diferentes jurisdicciones (y no sólo las violaciones manifiestas de derechos humanos); véase: CEDH, *Stubbings and Others v. UK*, Case no. 36-37/1995/542-543/628-629, 22 de octubre de 1996.

prescripción en demandas relativas al derecho de la responsabilidad extracontractual angloamericano y continental europeo, el derecho y los encargados de las políticas públicas deberían tener presente cuando se hagan reformas legales que el derecho de daños proporcionará a menudo una vía muy importante para obtener justicia. Por lo tanto, podría ser de la mayor importancia otorgar a los tribunales como mínimo la facultad discrecional de no aplicar las normas sobre prescripción con el fin de garantizar un acceso apropiado a los remedios y las reparaciones judiciales cuando haya violaciones manifiestas de los derechos humanos.¹⁰¹

4.2 La responsabilidad de las compañías matrices: trabajar con personalidades jurídicas distintas

Durante el proceso de investigación y consulta, el Panel se ha sorprendido por la complejidad continuamente creciente de las estructuras empresariales modernas. No es raro que una empresa mercantil se componga hoy de una sociedad mercantil matriz con muchas subsidiarias, que a su vez tendrán otras sociedades subsidiarias o que celebrarán acuerdos empresariales con otras empresas mediante los cuales se crearán nuevas organizaciones empresariales.

En este contexto, hay varias razones por las cuales puede ser importante considerar la intervención de una sociedad matriz en la conducta de una subsidiaria cuando se presentan acusaciones sobre violaciones manifiestas de los derechos humanos. Por ejemplo, cuando una sociedad subsidiaria se ve implicada en violaciones de los derechos humanos puede ser que la sociedad matriz haya tolerado o mostrado indiferencia frente a la conducta acaecida, o puede ocurrir que la subsidiaria actuase con pleno conocimiento y aprobación de la sociedad matriz, o incluso bajo su dirección.

El Panel ha determinado que cuando una sociedad matriz es presuntamente cómplice en violaciones manifiestas de los derechos humanos cometidas por la subsidiaria, la posibilidad de solicitar la responsabilidad legal de la sociedad matriz puede ser un elemento necesario para garantizar que se da satisfacción moral a las víctimas y un reconocimiento apropiado a su derecho a un recurso efectivo y reparaciones judiciales. En primer lugar, la responsabilidad legal de la sociedad matriz puede ser importante para prevenir la repetición de la conducta y cambiar las prácticas de toda la estructura empresarial. El riesgo de que se la declare legalmente responsable puede instar a la empresa a anticipar los problemas y tomar medidas efectivas para que cualquiera de los miembros de su estructura eviten causarlos. Cuando las sociedades matrices y sus directivos son accionistas de otras sociedades de responsabilidad limitada, sus bienes propios están protegidos, como lo están también todos los activos personales de cualquiera de los accionistas. Por lo tanto, la facultad para poder declarar responsables directos a las sociedades matrices,

101 Véase sección 1.1, p. 4.

adicionalmente a la responsabilidad de sus subsidiarias, puede ser importante para garantizar una cultura empresarial de gestión donde no se hagan cálculos de rentabilidad del riesgo con respecto a las violaciones de los derechos humanos o se ignore el riesgo de que ocurran, y para que en vez de eso se tomen medidas para evitar que se violen.

En segundo lugar, a veces una sociedad subsidiaria, tal vez a causa de la responsabilidad legal limitada, simplemente puede no tener suficientes fondos a su disposición para ofrecer a las víctimas una indemnización estimable a raíz de una decisión judicial condenatoria. En el caso del desastre de Bhopal, los costos de las pérdidas y de los daños eran tan altos, debido al gran número de muertos y lesionados, y a los medios de producción económica perdidos, que el capital social de la sociedad que operaba la fábrica, Union Carbide India Ltd., era insuficiente para cubrir esos costos y se consideró que se requería exigirle responsabilidad legal como ente único a todas las sociedades del grupo vinculadas por la actividad empresarial común.¹⁰²

Responsabilidad legal

En términos jurídicos, al igual que los seres humanos se pueden considerar legalmente autónomos y distintos los unos de los otros, lo mismo ocurre con las sociedades mercantiles. Cada sociedad tiene una personalidad jurídica separada y se considera un ser separado de cualquier otra persona legal y natural,¹⁰³ incluida la sociedad matriz que la controla, y de sus sociedades “emparentadas” o subsidiarias.¹⁰⁴ Esta separación legal entre diferentes entidades societarias en una actividad empresarial común, o “velo corporativo”, impedirá a veces que la sociedad matriz se pueda considerar responsable de las violaciones de derechos humanos en las que ha participado su subsidiaria.

En diferentes jurisdicciones el principio básico es que la conducta de una subsidiaria no se identificará con la de su sociedad matriz a los fines de asignar responsabilidad legal. Esto significa que una sociedad matriz no se considerará por lo general responsable vicaria por la conducta de su subsidiaria, ni siquiera en situaciones donde posee el 100% de las acciones de ésta. En contraste, eso no será lo que ocurra con otras relaciones internas dentro de las sociedades, como ocurre entre sociedades matrices y sus sucursales, o con las agencias que están subordinadas

102 Véase también la situación detrás de la reclamación en *Lubbe v. Cape plc*, 2000 4 All ER 268, en donde el demandante reclamó la responsabilidad de una compañía matriz en relación con su exposición a los asbestos en su subsidiaria sudafricana. La subsidiaria era supuestamente insolvente y no podía pagar una indemnización apropiada.

103 Cuando el empleado de una empresa actúa en nombre de la empresa en el sentido expuesto en el Recuadro 3, p. 16, entonces esa separación legal no es aplicable.

104 Véase, por ejemplo, en las jurisdicciones de derecho angloamericano: *Salomon v. Salomon* [1897] AC 22; para un análisis de la cuestión, véase: “The Impact of the Corporate Form on Corporate Liability for International Crimes: Separate Legal Personality, Limited Liability and the Corporate Veil — An Australian Law Perspective”, presentado al Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Crímenes Internacionales por Rachel Nicolson y Emily Howie, de Allens Arthur Robinson; www.icj.org.

a una sociedad matriz. Tanto la conducta de una sucursal como la de una agencia subordinada se pueden atribuir a su sociedad matriz, y puede surgir responsabilidad vicaria para la sociedad matriz sin que haya necesidad de culpa.¹⁰⁵

En la mayoría de las jurisdicciones hay únicamente dos formas de establecer la responsabilidad de la sociedad matriz junto con la responsabilidad de la sociedad subsidiaria. En primer lugar, cuando se abusa de la doctrina de la personalidad jurídica separada para cometer fraude o evadir obligaciones legales vigentes, los tribunales están dispuestos a “levantar el velo corporativo”, es decir, a ir más allá de la estructura corporativa para imputar la conducta de la subsidiaria a la matriz y declarar la responsabilidad legal vicaria de la sociedad matriz por los actos de su subsidiaria.¹⁰⁶

En segundo lugar, cuando una subsidiaria está involucrada en violaciones de los derechos humanos, puede surgir la responsabilidad legal de su sociedad matriz si la conducta de ésta fue también negligente o dolosa (es decir, existía “culpa en sentido amplio” por parte de la sociedad matriz). Esto significa que la responsabilidad de la sociedad matriz tiene que basarse en su propia conducta y no deriva simplemente de la responsabilidad de la subsidiaria. El Panel ha determinado que a veces no se distingue correctamente entre situaciones en las cuales la sociedad matriz es presuntamente responsable debido a su propia conducta culposa o dolosa y las situaciones en las cuales se le ha pedido al tribunal que “levante el velo corporativo” y considere a la sociedad matriz responsable vicaria por los actos de su subsidiaria. El Panel insta a los abogados, encargados de las políticas públicas y estudiosos a que eviten confundir estas dos razones separadas de responsabilidad legal, ya que ambas tienen justificaciones y consecuencias legales muy diferentes.

Determinar si una sociedad matriz se puede considerar responsable legal por su propia conducta implica aplicar los principios relativos al conocimiento/previsibilidad, las medidas preventivas (si se alega que una sociedad actuó negligentemente) y la causación, explicados en la sección 2. Esa valoración supondrá por consiguiente hacerse también las preguntas recogidas sintéticamente al final de la sección 2: ¿fue la conducta de la sociedad mercantil negligente o intencional una de las causas del daño que se le causó a la víctima?; ¿se convirtió en uno de los sujetos que contribuyeron a producir el daño? El Panel ha determinado que hay dos situaciones principales en las cuales se puede responder afirmativamente a ambas preguntas: 1) cuando la sociedad matriz estuvo involucrada activamente en las violaciones, o

105 La situación en relación a la responsabilidad en los acuerdos de colaboración empresarial se estudian de manera separada en la sección 3.3.

106 Véase, por ejemplo: *Australia, Briggs v. James Hardie* (1989) 16 NSWLR 549 (at 567); *England and Wales, Re Darby Ex parte Brougham* 1911 1 KB 95; para un análisis de la cuestión del enfoque en las jurisdicciones de derecho angloamericano, véase: “The Impact of the Corporate Form on Corporate Liability for International Crimes: Separate Legal Personality, Limited Liability and the Corporate Veil — An Australian Law Perspective”, presentado al Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Crímenes Internacionales por Rachel Nicolson y Emily Howie, de Allens Arthur Robinson; www.icj.org.

2) cuando aunque la sociedad matriz no estuvo involucrada activamente, ejercía tal control sobre su subsidiaria que debería haber tomado medidas para influenciar su conducta.

La sociedad matriz está involucrada activamente en las violaciones

Como se explicó en la sección 2, es claro que varios individuos o sociedades diferentes pueden cometer actos que causen o contribuyan al mismo daño, y todos ellos se consideran responsables legalmente por ese daño.¹⁰⁷ Esa afirmación se aplica por igual a las situaciones en las que las diferentes entidades involucradas incluyen una sociedad matriz y una subsidiaria pertenecientes a una misma empresa. En esos casos, la proximidad de la matriz a la situación donde se produjeron los daños o a aquellos que lo sufrieron será una cuestión relevante para determinar si su conducta fue una de las causas del daño sufrido, si en esas circunstancias sabía o debería haber sabido el riesgo de que su conducta produjese daños, y si tomó suficientes medidas preventivas. Un tribunal buscará pruebas de que la sociedad matriz tuvo una participación activa en la causación del daño. Por ejemplo, para decidir si podía admitirse a juicio la demanda civil contra la sociedad matriz Chevron-Texaco por los acontecimientos en Nigeria donde había participado su subsidiaria nigeriana (véase Recuadro 1), un tribunal estadounidense decidió que “el hecho de que los acusados estuvieran haciendo intentos tan repetidos y fuera de lo ordinario por contactar con Nigeria durante los tres días siguientes al incidente de Parabe es una prueba del involucramiento de los acusados en el incidente”.¹⁰⁸

Entre los casos en los que las sociedades matrices han sido consideradas responsables por negligencia por razones parecidas está el de una sociedad matriz que estuvo involucrada directamente en el diseño, equivocado y defectuoso, y la construcción de un buque que al partirse produjo un derrame de petróleo causante de daños a la salud de las personas y el medioambiente.¹⁰⁹ En otro caso, se consideró responsable a una sociedad matriz por los daños causados a la salud de los trabajadores de sus subsidiarias, puesto que los directivos de la matriz estaban involucrados directamente en la administración de las subsidiarias donde las condiciones laborales eran inapropiadas.¹¹⁰

107 Véase sección 1, p. 5, y sección 2.3: “Causación y Complicidad”.

108 *Bowoto et al. v. Chevron Co. et al.*, 5 de junio de 2007, caso 3:99-cv-02506-SI, documento 1.628, “Order Denying Defendant’s Motion for Summary Judgment on Plaintiff Tertiary Liability theories”.

109 *Amoco Cadiz*, 954 F. 2d 1279, US Court of Appeals, 7th Cir., 24 de enero de 1992; véase también the “OK Tedi case”: *Dagi v. BHP* n° 2 1997 1 VR 428.

110 *Wren v. Csr Ltd & Another* [1997] 44 NSWLR 463; (1997) 15 NSWCCR 650 (8 de agosto de 1997), Australia, Dust Diseases Tribunal of New South Wales; *John Pinder v. Cape LPC* (2006) EWHC 3630 (QB), 20 de diciembre de 2006.

La sociedad matriz tiene la obligación de intervenir activamente en la conducta de su subsidiaria

En esta situación, la cuestión es si una sociedad matriz fue negligente porque en consideración al nivel de control ejercido sobre su subsidiaria, no tuvo el cuidado que se hubiera esperado de ella en esas circunstancias con respecto la conducta de su subsidiaria, ni tampoco adoptó las posibles medidas preventivas esperables. Si la sociedad matriz sabía o debería haber sabido del riesgo de que su subsidiaria les causara daños a terceros, entonces tenía que haber tomado suficientes medidas preventivas. La intensidad de las medidas preventivas exigibles por el derecho dependerá del nivel de control formal y de hecho que ejerza la matriz sobre su subsidiaria y de si tuvo la posibilidad de intervenir en las actividades de la subsidiaria en esas circunstancias concretas.

Por ejemplo, en muchas ocasiones en las que la matriz tiene más del 50% de las acciones de su subsidiaria también puede tener el control de hecho sobre ella y autoridad para intervenir en sus actividades. Sin embargo, no siempre lo hará y en cada caso concreto habrá que efectuar una investigación en profundidad. Si las políticas empresariales de una subsidiaria se establecen o aprueban por su sociedad matriz y el daño relevante se causó por una conducta adoptada en el curso de la ejecución de esas políticas, las normas jurídicas pueden considerar que la sociedad matriz debería haber podido influenciar la conducta de su subsidiaria y, por lo tanto, debería haber tomado medidas. Por otro lado, si el daño se causó a consecuencia de una conducta no regulada por la política de la sociedad matriz o en contradicción con ella, será menos probable que se considere que la sociedad matriz ha tenido la posibilidad de prevenir o limitar el daño mediante medidas preventivas. Sin embargo, una vez más cada caso individual se evaluará a partir de los hechos concretos. Si una sociedad matriz tiene sólo una cuota minoritaria en su subsidiaria, no se considerará muchas veces que la controla en tal grado como para influenciar sus decisiones y eliminar o reducir el riesgo de causar daños. Sin embargo, no se puede descartar completamente la responsabilidad de la matriz en esas situaciones: a partir de los hechos se juzgará si se puede considerar que la sociedad matriz tuvo la posibilidad de influenciar la conducta de su subsidiaria, por ejemplo mediante la solicitud de información o disuadiéndola de que adoptase una cierta conducta.

4.3 Dónde se pueden presentar demandas civiles: la determinación de la jurisdicción

Como se analizó en el volumen 2, a menudo se pueden iniciar procesos penales en diferentes jurisdicciones contra los autores de violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional: la jurisdicción puede ser no sólo la del lugar donde se cometió el crimen, sino también la del país de nacimiento de los autores, y, en algunas circunstancias, cualquier

lugar del mundo.¹¹¹ Con respecto a las demandas civiles, se ha establecido que los tribunales nacionales tienen jurisdicción conforme al derecho internacional para estudiar las demandas civiles cuando el daño ocurrió en su jurisdicción, o cuando el acusado tiene un vínculo con ella. En los casos que involucran a compañías, la mayoría de los sistemas legales nacionales requieren que la compañía esté domiciliada o se haya constituido en esa jurisdicción, aunque a veces el vínculo puede ser menos formal y basta con que exista actividad empresarial o tenencia de activos financieros de la empresa en la jurisdicción pertinente, como ocurre por ejemplo en los Estados Unidos.¹¹²

En muchos casos, las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos buscarán el foro más apropiado, es decir, el que les asegure la mejor oportunidad de conseguir un remedio y una reparación legal adecuados. Ese foro será la mayoría de las veces el del sistema legal del país donde ocurrieron las violaciones. Sin embargo, las estructuras complejas y transnacionales de muchas de las grandes empresas de hoy en día suponen que su alcance, presencia e impacto cruce las jurisdicciones particulares. Las víctimas buscan a veces justicia en una jurisdicción distinta a aquella donde ocurrió el daño. Eso puede ser porque la empresa correspondiente tiene su domicilio en la jurisdicción escogida para presentar la demanda y es allí donde se proporciona un mayor nivel de garantías de acceso y revelación de la información, y también de cumplimiento de cualquier decisión a la que se llegue. También se puede decidir acudir a otra jurisdicción porque para acceder a la justicia en el país donde se causó el daño las víctimas tienen que superar grandes obstáculos.

Cuando se presenta una demanda en un país distinto a aquel donde ocurrió el daño, la atribución de competencia jurisdiccional y el convencer al tribunal de que la ejerza se convierten en importantes elementos de cualquier caso.¹¹³ Cuando se le pide a los tribunales que determinen la responsabilidad de las sociedades matrices por los actos de sus subsidiarias en el extranjero, la atribución de competencia jurisdiccional puede ser especialmente compleja. Con el fin de encontrar un factor que conecte la competencia jurisdiccional y la demanda, la mayoría de las veces el tribunal exigirá la presencia de elementos probatorios que indiquen (en línea con el análisis de la sección 4.2) que la sociedad matriz estuvo involucrada en el daño. Como se ha visto en la sección 4.2, esto será un asunto complicado, en particular

111 Véase volumen 2, sección 8.

112 Para un análisis comparado, véase “Fourth and Final Report: Jurisdiction over Corporations, by the International Law Association, Committee on International Civil and Commercial Litigation”, <http://www.ila-hq.org/pdf/Civil%20&%20Commercial%20Litigation/Civil%20&%20Commercial%20Litigation%20for%20Final%20Report.pdf>; para un análisis de la cuestión en los Estados Unidos, véase también: Stephens, “US Litigation Against Companies for Gross Violations of Human Rights”, informe escrito para el Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Crímenes Internacionales, www.icj.org.

113 Véase para un análisis comparado de los fundamentos sobre los cuales se niegan a ejercer su jurisdicción las diferentes jurisdicciones: “Third Interim Report: Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation, by the International Law Association, Committee on International Civil and Commercial Litigation”, <http://www.ila-hq.org/pdf/Civil%20&%20Commercial%20Litigation/CommLitigation.pdf>.

si se debe resolver en las fases preliminares de una demanda. Por ejemplo, en un caso un tribunal canadiense tuvo que considerar si había pruebas que indicasen la responsabilidad de una sociedad matriz por el vertido de desechos tóxicos al medioambiente efectuado por su sociedad subsidiaria, administradora de una mina en Guyana.¹¹⁴ Esto implicaba necesariamente, ya en la etapa preliminar, efectuar algunas consideraciones acerca de si había material probatorio que indicase que la sociedad matriz podía tener culpa según la responsabilidad civil. Cuando se presentó en el Reino Unido una demanda contra una sociedad matriz domiciliada allí en relación con los daños que padeció la salud de los trabajadores de su subsidiaria sudafricana por exposición a asbestos, el tribunal determinó que tenía competencia para estudiar la demanda después de establecerse que había pruebas apoyando la acusación de que había sido la propia negligencia de la sociedad matriz la causante del daño sufrido.¹¹⁵

No obstante, a veces, a pesar de que un tribunal determine su competencia para estudiar una demanda, puede dictaminar que hay otro foro mejor situado para ocuparse del caso y negarse a ejercer su competencia. Esta discrecionalidad de un tribunal de negarse a ejercer su jurisdicción por considerar que existe una jurisdicción más apropiada en otro lugar se conoce como la doctrina del *fórum non conveniens*. La doctrina se aplica predominantemente en las jurisdicciones de derecho angloamericano y no existe en la gran mayoría de los sistemas de derecho continental europeo.¹¹⁶

En algunas jurisdicciones de derecho angloamericano se está suprimiendo esta discrecionalidad. Los tribunales de los países miembros de la Unión Europea (que incluyen sistemas de derecho angloamericano) deben permitir ahora que los procedimientos comiencen en el lugar del domicilio de la sociedad mercantil acusada o en la jurisdicción donde ocurrió el daño.¹¹⁷ La jurisprudencia indica que los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea no se pueden negar hoy a ejercer su jurisdicción sobre sociedades mercantiles que están dentro de las fronteras de la Unión Europea, aún si el daño ocurrió fuera de ese territorio¹¹⁸ e incluso si la víctima

114 *Recherche's Internationales Quebec v. Cambior Inc.*, [1998] Q.J. n.º 2554. El Tribunal declaró que tenía jurisdicción para escuchar la demanda porque Cambior tenía un control significativo de la mina extranjera. Sin embargo, finalmente el Tribunal determinó que los tribunales de la Guyana serían un foro más conveniente para conocer la reclamación sobre daños. El Tribunal observó, por ejemplo, que la mina y los efectos del derrame habían ocurrido en Guyana, los demandantes vivían allí, los testigos del desastre residían la mayoría en Guyana y el voluminoso material probatorio se había obtenido en Guyana.

115 *Lubbe v. Cape plc.* [2000] 4 All E.R. 268.

116 Para un análisis de la cuestión y un análisis comparado, véase "The Third Interim Report: Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation, by the International Law Association, Committee on International Civil and Commercial Litigation", disponible en <http://www.ila-hq.org/pdf/Civil%20&%20Commercial%20Litigation/CommLitigation.pdf>.

117 Convención de Bruselas de 1968 sobre Jurisdicción y Reconocimiento de Sentencias en Asuntos Civiles y Comerciales, 27 de septiembre de 1968, disponible en <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm>.

118 *Andrew Owusu v. N.B. Jackson, trading as "Villa Holidays Bal-Inn Villas" and Others*, Tribunal Europeo de Justicia, caso n.º C-281/02, 1 de marzo de 2005.

que exige una compensación judicial no es un residente de la Unión Europea o nacional de uno de sus Estados.¹¹⁹ Es un cambio importante, que garantiza que no se les pedirá a las víctimas que reclaman la responsabilidad civil de las sociedades mercantiles en los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea que prueben que el foro elegido es el único que les permite tener acceso a la justicia.

El Panel considera que en las jurisdicciones de derecho angloamericano, donde los tribunales pueden todavía ejercer su facultad discrecional y renunciar a ejercer su jurisdicción,¹²⁰ es importante recordar que si no hay un foro alternativo real y razonablemente accesible, en donde haya una posibilidad auténtica para la víctima de acceder a la justicia, entonces no se puede aplicar legítimamente la doctrina. Garantizar que la doctrina sólo se aplica cuando haya una alternativa razonablemente accesible es vital para garantizar que su aplicación no representa un obstáculo fundamental para los remedios y las reparaciones legales de las víctimas, o que no se convierte en un instrumento para eludir ocuparse de casos difíciles que potencialmente pueden tener gran relevancia social pero que son delicados desde el punto de vista político.

4.4 ¿Cuál es el derecho nacional que se aplica?

En situaciones en las cuales se presenta una demanda en una jurisdicción diferente a aquella en la cual ocurrió el daño, una vez que se establece la competencia jurisdiccional del tribunal para estudiar el caso, la siguiente pregunta será cuál es el derecho nacional que se debe aplicar. Esta pregunta se responderá conforme a las normas de derecho internacional privado aplicables en el país donde se está juzgando el caso. Llegar a un acuerdo acerca de cuál es el derecho aplicable implica a menudo deliberaciones prolongadas y difíciles que pueden tener un impacto en el monto de los costos legales y dar lugar a retrasos.

Desde el punto de vista histórico, la regla general en casos de responsabilidad extracontractual en las jurisdicciones de derecho angloamericano y derecho continental europeo fue *lex loci delicti*, es decir, que el derecho aplicable es el del país en el cual ocurrió el daño. El Panel ha determinado que aunque esta regla sigue siendo el punto de partida en la mayoría de las jurisdicciones de todo el mundo, se han creado varias excepciones en diferentes países, por ejemplo en los Estados Unidos, que permiten cierta flexibilidad y discrecionalidad a los tribunales para determinar la ley aplicable.¹²¹ En esencia aplicarán el derecho local del Estado que, con respecto a ese problema concreto, tenga la relación más significativa en relación con el suceso y las partes.¹²² Qué país sea ese variará de un caso a otro en función

119 *Group Josi Reinsurance Company SA v. Universal General Insurance Company (UGIC)*, European Court of Justice, caso no. C-412/98, 13 de julio de 2000.

120 Por ejemplo, Australia, Canadá, Nueva Zelanda y los Estados Unidos.

121 Véase *The Second Restatement of the Conflict of Laws*, 1968.

122 *Ibíd.*

de los hechos de un determinado caso,¹²³ y para tomar esa decisión los tribunales tendrán en cuenta varios elementos: el lugar donde tuvo lugar el perjuicio; el lugar donde tuvo lugar la conducta que causó el perjuicio; el domicilio, la residencia, la nacionalidad, el lugar de registro y el lugar de las actividades empresariales de las partes; y el lugar donde se centraliza la relación entre las partes, si es que lo hay.¹²⁴

Sin embargo, en los Estados de la Unión Europea se eliminarán en el año 2009 muchas de las excepciones a la regla general de que la ley aplicable por los tribunales es la del lugar en el que ocurrió el daño. Ocurrirá cuando se adopte el nuevo reglamento de la Unión Europea, que unificará, dentro de las fronteras de la Unión Europea, los principios generales del derecho internacional privado.¹²⁵ La nueva ley establece que el derecho aplicable deberá ser el derecho del país en el que ocurrió el daño, y no el del país donde ocurrieron los acontecimientos que lo provocaron ni donde tuvieron lugar las consecuencias indirectas de esos acontecimientos.¹²⁶ Eso significa que se aplicará, por ejemplo, el derecho del país en el que ocurrió el daño causado por las violaciones manifiestas de los derechos humanos en lugar del derecho del país donde se tomaron las decisiones que dieron lugar a esos abusos.

El Panel considera que este cambio dará lugar a una mayor claridad con respecto a las valoraciones difíciles y complejas que se requieren para identificar el derecho aplicable en casos donde hay elementos transnacionales. Así se podrá reducir el tiempo y el costo que requiere un proceso judicial y permitir que las partes y el tribunal se concentren en las cuestiones de fondo del caso. Sin embargo, por otro lado, a veces el impacto sobre la capacidad de las víctimas de conseguir un acceso efectivo a los recursos y las reparaciones judiciales será negativo. El Panel cree que es especialmente importante advertir esta circunstancia en el contexto de casos complejos y graves que implican violaciones manifiestas de los derechos humanos.

123 *Cp. Allstate Insurance Co. v. Hague*, 449 US 302 (1981).

124 Además de eso, los tribunales pueden tener en cuenta otros factores: las necesidades de los sistemas interestatales e internacionales, las políticas relevantes del foro, las políticas relevantes de otros Estados interesados, la protección de las expectativas justificadas, las políticas fundamentales que subyacen a un campo concreto del derecho, la seguridad jurídica, la predictibilidad y uniformidad del resultado, y la facilidad para la determinación y aplicación del derecho aplicable.

125 Reglamento (EC) No 864/2007 de 11 de julio de 2007 sobre la ley aplicable a las relaciones extracontractuales (Roma II), Pb 31.7.2007, L 199/40. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:289E:0068:0083:EN:PDF>.

126 Véase regla del preámbulo 17: "El derecho aplicable debería determinarse teniendo en cuenta donde ocurre el daño, con independencia del país o países en los que tienen lugar las consecuencias indirectas. Conforme a ello, en casos de lesiones personales o daños a la propiedad, el país en el que ocurren los daños debería ser el país en el que se causó la lesión o se causó el daño a la propiedad respectivamente".

5 Los Estados Unidos y el Alien Tort Statute

Cuando existen situaciones de presunta complicidad en violaciones manifiestas de los derechos humanos, se les suele prestar una mayor atención a los Estados Unidos y al uso del derecho de daños estadounidense como vía para exigir responsabilidad a las sociedades mercantiles. El Panel cree que hay varias razones para que así sea,¹²⁷ pero en esta sección se concentra en una sola: un instrumento legislativo único, que se conoce normalmente como Alien Tort Statute (ATS)¹²⁸ y que añade otra vía para el uso del derecho de la responsabilidad extracontractual en los Estados Unidos en situaciones donde se reclama la responsabilidad legal de empresas involucradas en violaciones de los derechos humanos. Sin perjuicio del análisis separado de esta norma que se hace a continuación, se debería tener presente que el estudio que se ha hecho en las cuatro secciones previas de este volumen se aplica al derecho estadounidense de la responsabilidad extracontractual. Los principios generales del derecho de daños que el Panel ha estudiado en las secciones 2 y 3 se aplican también a ese país. Lo mismo se puede decir del análisis efectuado por el Panel del procedimiento legal y de los obstáculos procesales y sustanciales estudiados en la sección 4.

El ATS permite que personas que no son ciudadanos estadounidenses (“extranjeros”) presenten demandas civiles en los tribunales estadounidenses por las violaciones manifiestas de los derechos humanos que hayan sufrido, aun si el daño tuvo lugar fuera de Estados Unidos e incluso si el demandado civil tiene vínculos transitorios con los Estados Unidos. El ATS dice que los Estados Unidos “tendrán jurisdicción originaria en cualquier acción civil presentada por un extranjero sólo en aquellos casos de responsabilidad extracontractual cometidos en violación del derecho de las naciones o de un tratado de los Estados Unidos”.¹²⁹ Aunque el ATS se aprobó en el siglo XVIII, sólo fue en la segunda parte del siglo XX que se recurrió a él buscando remedios judiciales en casos de violaciones de los derechos humanos. En

127 Por ejemplo, las normas procesales en los Estados Unidos se consideran por lo general como favorables a la interposición de demandas judiciales, debido a la posibilidad de obtener daños punitivos, la inexistencia de un sistema donde el perdedor paga los costos y la posibilidad de los abogados de cobrar sus honorarios como un porcentaje de la indemnización obtenida (*cuota litis*). Para un análisis más detallado, véase Beth Stephens, “US Litigation Against Companies for Gross Violations of Human Rights”, informe escrito para el Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Crímenes Internacionales, www.icj.org.

128 28 U. S. C. §1350 “Alien’s Action for Tort”, en la Judiciary Act de 1789. La legislación se conoce a menudo también con el nombre de Alien Tort Claims Act (ATCA). Para su historia, véase *US Supreme Court in Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 734-37 (2004): “El primer Congreso la aprobó como parte de la Judiciary Act de 1789, al disponer que los nuevos tribunales de distrito ‘podrán también conocer de todos los casos en los que un extranjero demandase judicialmente por un ilícito extracontractual solo cuando constituya una violación del derecho de las naciones o de un tratado ratificado por los Estados Unidos”, pp. 17-18; “La ley se ha modificado ligeramente en varias ocasiones desde su aprobación original. Ahora dice literalmente: ‘Los tribunales de distrito tendrán jurisdicción originaria sobre cualquier acción civil presentada por un extranjero sobre un ilícito extracontractual sólo cuando se cometa en violación del derecho de las naciones o de un tratado ratificado por los Estados Unidos”, p.18.

129 28 U. S. C. §1350, “Alien’s Action for Tort”.

su texto, la norma no hace referencia a los derechos humanos, pero en 1980 el ATS se invocó con éxito en una reclamación de derechos humanos por dos nacionales paraguayos contra un antiguo oficial de policía paraguayo, que residía en ese momento en los Estados Unidos y que había torturado a un miembro de la familia de los demandantes en Paraguay.¹³⁰

Hay varios informes integrales y exhaustivos, y comentarios sobre esta legislación y su impacto constantemente creciente. El Panel no ha intentado en absoluto reproducir esos documentos. En lugar de eso pretende analizar brevemente la zona de riesgo legal que crea el ATS para las empresas cuando son cómplices presuntamente de violaciones manifiestas de los derechos humanos, y al respecto estudia dos puntos sobre los que existe una confusión notable.

La zona de riesgo legal

Se reconoce que los particulares, incluidos las empresas o sus directivos, pueden tener que hacer a frente a demandas de responsabilidad legal conforme a las leyes,¹³¹ bien como sujetos principales involucrados en la causación del daño, bien como cómplices.¹³²

Sin embargo, hay dos importantes problemas que se discuten en la actualidad y el Panel los aborda ambas consecutivamente ahora.

El primer problema se relaciona con las cuestiones jurisdiccionales y, específicamente intenta responder a la pregunta: ¿cuáles serán las violaciones de los derechos humanos que cumplen con el requisito del ATS de constituir una “violación del derecho de las naciones o de un tratado ratificado por los Estados

130 *Filártiga v. Peña-Irala* 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980); para un breve estudio, véase: <http://ccrjustice.org/ourcases/past-cases/filartiga-v.-pen-irala>; para un estudio más profundo, véase Beth Stephens, “US Litigation Against Companies for Gross Violations of Human Rights”, escrito para el Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Crímenes Internacionales, www.icj.org. Véase también Beth Stephens, “Translating *Filártiga*: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations”, 27 *Yale J. Intl’L.* 1 (2002).

131 Inicialmente, las denuncias presentadas pedían la responsabilidad de funcionarios individuales del Estado. Sin embargo, en la década de los años noventa las reclamaciones se comenzaron a presentar contra particulares, después de una demanda judicial por daños contra los líderes de los serbobosnios responsables de genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, asesinatos extrajudiciales y tortura. En ese caso, el acusado argumentaba que era un particular y que, por lo tanto, no podía violar el derecho de las naciones. Sin embargo, el tribunal no estuvo de acuerdo y declaró que las violaciones al derecho internacional pueden cometerse también por particulares además de por empleados estatales. *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 236-37 (2d Cir. 1995). Véase también *Doe v. Unocal Corporation*, United State Court of Appeals for the 9th Circuit, 12 de septiembre de 2002. Desde entonces se han presentado demandas contra varias empresas en una variedad de situaciones, que afectaban a una amplia variedad de empresas que operan en todo el mundo.

132 Véase, por ejemplo, *Doe v. Unocal Corporation*, United State Court of Appeals for the 9th Circuit, 12 de septiembre de 2002, y véase *Khulumani v. Barclay National Bank, Ltd.* Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito, 12 de octubre 2007 <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/ApartheidreparationslawsuitsreSoAfrica>.

Unidos”? La respuesta es esencial para determinar que los tribunales estadounidenses tienen jurisdicción conforme a esa norma.

En 2004, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos consideró qué es lo que se podía considerar una violación del derecho de las naciones. Declaró que “los tribunales federales no deberían admitir las demandas...relativas a violaciones de cualquier norma de derecho internacional que tengan un contenido menos definido y una menor aceptación entre las naciones civilizadas del que tenían los paradigmas usuales del siglo XVIII cuando se aprobó la sección 1350”.¹³³ Citó sentencias anteriores que declaraban que la clausula se debería aplicar en casos donde existen “varias acciones odiosas, cada una de las cuales viola normas definibles, universales y obligatorias”.¹³⁴ El Tribunal pasó luego a considerar si se cumplían esos requisitos en el caso estudiado. Declaró que no se cumplían porque en su opinión la situación que era objeto central de la demanda no implicaba una violación que hubiera “conseguido un reconocimiento como parte del derechos internacional consuetudinario obligatorio”.¹³⁵

Apoyándose en esa decisión, el Panel considera que los tribunales de los Estados Unidos concluirán que una conducta constituye “una violación del derecho de las naciones” si es contraria a una norma de derecho internacional consuetudinario.

De esto se deriva que el Panel considera que la participación en violaciones de los derechos humanos que son contrarias al derecho internacional consuetudinario podrá dar lugar a una zona de riesgo legal conforme al ATS.¹³⁶ Las violaciones manifiestas de los derechos humanos que han sido el objeto principal de la investigación del Panel se consideran por lo general que contravienen el derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, el Panel opina que participar en su comisión podría colocar hoy a las empresas en una zona de riesgo legal conforme al ATS.¹³⁷ Entre esas violaciones están actos como los crímenes de lesa humanidad, la tortura, la esclavitud y los crímenes de guerra. Además, el Panel cree que más allá de esas violaciones manifiestas de los derechos humanos una empresa prudente también estará atenta y se asegurará de que su conducta no la implica en otras violaciones de los derechos humanos, que en algunos casos pueden equivaler a transgre-

133 *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 734-37 (2004) (de aquí en adelante, caso *Sosa*).

134 *Ibíd.*, p. 38.

135 En el caso *Sosa*, según el Tribunal Supremo la violación objeto de la queja era una detención de menos de 24 horas, tras una orden de arresto legal. El Tribunal declaró que eso no equivalía a una violación comparable a los paradigmas del siglo XVIII allí enunciados. “Una única detención ilegal de menos de un día, a la que siguió la transferencia de custodia a las autoridades legítimas y una acción pronta, no viola ninguna norma del derecho consuetudinario bien definida”. Caso *Sosa*, p. 44-45.

136 El Panel desearía observar también que desde la perspectiva del derecho internacional se podría interpretar que la expresión “derecho de las naciones” incluye legítimamente normas internacionales contenidas en los tratados internacionales, el derecho internacional consuetudinario o los principios del derecho reconocidos por las naciones civilizadas o que se derivan de ellos. Todas se consideran como fuentes aceptadas del derecho internacional en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.

137 Véase “Glosario de términos esenciales”.

siones del derecho internacional consuetudinario. Además, es fundamental que las empresas recuerden que el derecho internacional consuetudinario se continúa desarrollando y creando, y que las obligaciones, prohibiciones o derechos del derecho internacional que no se consideran normas del derecho internacional consuetudinario hoy tal vez sí lo sean mañana.

El segundo problema se refiere a cuál es el criterio de determinación de la responsabilidad aplicable según el ATS. La pregunta que hay que responder es: ¿se juzgará la conducta de una sociedad mercantil a partir de los criterios sobre conocimiento (previsibilidad) y causación (es decir, los explicados en la sección 2), contemplados en el derecho de la responsabilidad extracontractual angloamericano, o a partir de criterios procedentes de otro conjunto de normas jurídicas, como por ejemplo el derecho penal internacional (véase la sección 2 del volumen 2)?

El Panel ha determinado que en la presentación de demandas donde se invoca el ATS y en la jurisprudencia concerniente existe muchas veces una falta de claridad acerca de si es el derecho penal internacional o el derecho de la responsabilidad extracontractual estadounidense el que debe proporcionar el criterio con el cual se juzgará la conducta del sujeto. A veces, los demandantes han alegado los criterios relevantes del derecho penal, o los tribunales los han aplicado, y han usado conceptos como el de la responsabilidad penal del autor principal, del colaborador no necesario y del superior jerárquico (estudiados por el Panel en las secciones 2, 3 y 4 del volumen 2). En otras ocasiones, se han invocado y aplicado los criterios nacionales de responsabilidad civil (que son el objeto de estudio de la sección 2), como la negligencia, la colaboración no necesaria en la comisión de un ilícito civil y la responsabilidad solidaria por los daños causados.

Para muchos abogados, la aplicación de los criterios del derecho penal internacional a los casos de responsabilidad extracontractual es algo anormal y debido a que el Alien Tort Statute se invoca en acciones civiles que pretenden obtener remedios civiles, muchos juristas consideran que los criterios aplicables deberían ser los de la responsabilidad civil del derecho nacional.¹³⁸ En el 2004, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no se pronunció de forma definitiva o explícita sobre las alternativas disponibles en el derecho de daños o el derecho penal internacional para los criterios de la responsabilidad. Sin embargo, argumentó que la mejor forma de entender el ATS era pensar que la causa de la acción procesal derivaba del *common law*.¹³⁹

138 Parece ser que los criterios del derecho penal internacional se introdujeron en los procesos porque desarrollaban en detalle criterios que permitían juzgar la conducta de los sujetos implicados en crímenes reconocidos por el derecho internacional y, como se explica en la sección 1 del volumen 1 y en la sección 1 del volumen 2, muchas violaciones manifiestas de los derechos humanos constituyen crímenes conforme al derecho internacional. Sin embargo, las normas de derecho penal internacional que definen las circunstancias en las cuales un sujeto se puede considerar responsable de crímenes reconocidos por el derecho internacional se desarrollaron con referencia a la imposición de responsabilidad penal, no civil.

139 “La atribución de jurisdicción se comprende mejor si se interpreta que obedeció al hecho de que el derecho angloamericano quería proporcionar una acción para un número modesto de violaciones del derecho internacional que tenían el potencial de generar responsabilidad personal en esa época”. Caso *Sosa*,

Muchas personas piensan que esa afirmación se debe interpretar en el sentido de que el ATS requiere que la “conducta dañosa se cometa en violación del derecho internacional, no que el derecho internacional sea el que reconozca el derecho a iniciar un proceso judicial o defina el alcance de la responsabilidad legal”¹⁴⁰ y que “el origen de la acción procesal conforme al estatuto es una creación del *common law* y no del derecho de las naciones”.¹⁴¹

El Panel cree que este enfoque de la cuestión es deseable. Considera que no hay ninguna razón para mantener que los criterios del derecho de la responsabilidad extracontractual angloamericano no deban o no puedan regular la aplicación de las normas jurídicas a los hechos en los casos a los que les es aplicable el Alien Tort Statute. Como el Panel ha explicado en la sección 2, los principios fundamentales del derecho de daños son comunes a todas las jurisdicciones del mundo, sin excluir la de los Estados Unidos.¹⁴²

Aunque todavía haya dudas acerca de si debe ser el derecho de la responsabilidad extracontractual angloamericano o el derecho penal internacional el que defina los criterios de la conducta aceptable, ¿cuál sería la mejor forma para las empresas de evaluar la zona de riesgo legal? Como se explicó en el volumen 1, y como el análisis del volumen 2 y de este volumen demuestran, hay diferencias destacables entre el derecho penal y el derecho civil. No obstante, el Panel cree que una sociedad mercantil prudente que pretenda asegurarse de que su conducta no la coloca en una zona de riesgo legal con respecto al ATS se guiará por los criterios tanto del derecho penal como del derecho civil. Esto implica hacerse las preguntas presentadas en la sección 2 de este volumen sobre responsabilidad civil, y las preguntas sobre responsabilidad penal estudiadas en la sección 2 del volumen 2. En el volumen 1 el Panel pretendió explicar resumidamente esas preguntas y describir en general la zona de riesgo legal relevante.

glosario, p. 3.

140 Informe como *amici curia* (coadyuvantes o “amigos del tribunal”) de académicos del derecho internacional (Philip Alston, William S. Dodge, Thomas Franck, Harold Hong-Ju Koh, Anne-Marie Slaughter y David Weissbrodt), disponible en <http://www.cmht.com/pdfs/SAACLawScholarso83005.pdf>.

141 *Ibíd.*

142 Sin embargo, si los tribunales de los Estados Unidos eligen aplicar los estándares del derecho penal internacional, con respecto a lo cual no hay ningún impedimento conforme al derecho internacional, el Panel les insta a que lo hagan refiriéndose a la correcta interpretación de estos estándares (véase, por ejemplo, el análisis del Panel en el volumen 2).